

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Procesal



TESIS DOCTORAL

**Aproximación al estudio comparado de la prueba pericial en los
procesos de familia desde el ordenamiento civil y canónico**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Lourdes Miguel Sáez

Directores

**María Luisa Villamarín López
Carlos Manuel Morán Bustos**

Madrid, 2017

AGRADECIMIENTOS

Quiero expresar mi más profundo y sincero agradecimiento a todas aquellas personas que me apoyaron durante el desarrollo de esta Tesis Doctoral.

En primer lugar, a mi Directora de Tesis, Dra. D^a M^a Luisa Villamarín López y a mi codirector Dr. D. Carlos Manuel Morán Bustos por la confianza depositada, por su dedicación e implicación, su disponibilidad, su buen criterio y sus valiosos consejos para llevar a buen término este trabajo.

A los profesores del Departamento de Derecho Procesal, por su calidad humana e intelectual, pues a través de los cursos de doctorado y otras actividades organizadas, me han transmitido su inquietud y su espíritu docente e investigador.

A mis padres, que me dieron tanto y se esmeraron en cuidar mi formación, por su apoyo constante y su discreta presencia en todo momento.

A mis compañeros de la facultad, por permanecer cerca alentando este proyecto y a mis amigos, por su paciencia a la espera de concluirlo y por respetar mi tiempo de soledad y estudio.

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11

Capítulo I.

LOS PROCESOS DE FAMILIA CIVILES Y CANÓNICOS Y LA ACTIVIDAD PROBATORIA

1. Introducción	19
2. La familia y su protección procesal.....	20
2.1. El carácter público y social del matrimonio civil y canónico	22
2.2. Las crisis matrimoniales y su protección: especial referencia a la mediación	25
3. La justificación Constitucional de los procesos de familia.....	33
4. Marco normativo de los procesos de familia	37
4.1. Los procesos matrimoniales en el orden civil	38
4.2. Los procesos matrimoniales en el ámbito canónico.....	40
5. Características de los procesos matrimoniales.....	42
5.1. Características esenciales y especiales de los procesos matrimoniales civiles	43
5.2. Características esenciales y especiales de los procesos matrimoniales canónicos.....	48
6. El objeto de los procesos matrimoniales	52
6.1. La acción matrimonial.....	55
6.2. Las acciones en relación con los hijos	59
6.3. Las acciones económicas entre los cónyuges.....	60
7. La prueba en los procesos matrimoniales.....	61
7.1. Identificación y acotación del objeto de la prueba.....	67

7.2. La iniciativa probatoria	68
7.3. Medios de prueba en los procesos matrimoniales civiles	71
7.4. Medios de prueba en los procesos matrimoniales canónicos.....	74
8. La Prueba Pericial en los procesos matrimoniales: configuración y características de la pericia	75

Capítulo II.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA PERICIAL EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

1. Antecedentes históricos de la prueba pericial	85
1.1. Evolución histórica de la prueba pericial en el ámbito civil	86
1.2. Evolución histórica de la prueba pericial canónica.....	92
1.3. Apreciaciones sobre el régimen comparado en la historia de la prueba pericial.....	105
2. La naturaleza jurídica de la pericia.....	108
2.1. Introducción	108
2.2. Naturaleza jurídica de la prueba pericial en el ámbito civil: consideraciones generales	109
2.2.1. La naturaleza jurídica del reconocimiento judicial y la ratificación del perito	121
2.2.2. Los dictámenes psicosociales en los procesos de familia y su naturaleza jurídica.....	123
2.3. La naturaleza jurídica de la prueba pericial en el ámbito canónico: consideraciones generales	131
2.3.1. La naturaleza jurídica de la <i>recognitio periciae</i>	141
2.3.2. La naturaleza jurídica de la pericia sobre las actas del proceso.....	143
3. La trascendencia de la prueba pericial en los procesos matrimoniales	146

Capítulo III.

OBJETO Y SUJETOS DE LA PRUEBA PERICIAL EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

1. Normas generales y criterios que determinan la práctica de la prueba pericial en los procesos matrimoniales.....	159
1.1. Principios y criterios que informan la actividad probatoria en el orden civil	160
1.2. Otros criterios que determinan la admisibilidad y la práctica de la prueba pericial en el orden civil.....	167
1.3. Principios y criterios que rigen la actividad probatoria en el orden canónico	169
2. El objeto de la prueba pericial en los procesos matrimoniales civiles y canónicos.....	178
3. Sujetos que intervienen en la pericia en los procesos de familia	191
3.1. El perito como sujeto activo de la pericia	191
3.1.1. Distinción entre el perito y el testigo	193
3.1.2. El perito y el testigo-perito	196
3.1.3. El perito y los técnicos o prácticos en la materia.....	197
3.2. El sujeto pasivo de la pericia en los procesos de familia	199
3.2.1. Los cónyuges	199
3.2.2. Intervención de los menores como sujetos del informe pericial.....	202
a) La exploración del menor en los procesos matrimoniales civiles	202
b) Tratamiento de los menores en el ámbito procesal canónico	208

Capítulo IV.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PERITOS EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

1. Los peritos como autores del dictamen pericial.....	215
2. Derechos y deberes de los peritos	216
2.1. Derechos de los peritos	217
2.2. Deberes de los peritos	220
3. La responsabilidad del perito	226

3.1. Responsabilidad penal.....	226
3.2. Responsabilidad civil	231
3.3. Responsabilidad disciplinaria.....	234
4. Tipos de peritos en los procesos de familia.....	238
5. Capacitación de los peritos en los procesos matrimoniales.....	243
6. Intervención preceptiva o facultativa del perito en los procesos matrimoniales.....	252
7. Tachas y recusación de los peritos.....	260

Capítulo V.

TIPOS DE PERICIA EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

1. Introducción	273
2. Tipos de Pericia	274
2.1. Tipos de pericia en los procesos matrimoniales civiles	275
2.1.1. La prueba pericial privada en los procesos civiles matrimoniales.....	281
2.1.2. El dictamen de especialistas en los procesos civiles matrimoniales.....	285
a) Aspectos controvertidos de los Informes de los equipos psicosociales.....	291
b) El derecho de defensa a prueba	299
c) Hacia unos criterios de ordenación y elaboración de los dictámenes de especialistas	303
2.2. Tipos de pericia en los procesos matrimoniales canónicos.....	307
2.2.1. La necesidad de la práctica de la prueba pericial canónica	309
2.2.2. El uso de la prueba pericial en las causas en las que no deviene obligatoria	313
2.2.3. La intervención del perito privado	320
2.2.4. La pericia sobre los autos en el proceso matrimonial canónico.....	322
a) Justificación del uso de la pericia sobre los autos.....	325
b) Examen de la pericia sobre los autos a la luz de los derechos fundamentales	326

c) La notificación de los actos judiciales y la salvaguarda del derecho de defensa	332
d) La protección de los derechos personales: especial referencia al derecho a la intimidad	343
e) Problemas deontológicos que plantea la pericia sobre los autos para el perito	352
2.2.5. La peculiaridad de la imposición de veto en los procesos matrimoniales canónicos	359
a) La influencia de la prueba pericial en la imposición del veto	363
b) La pericia y el levantamiento del veto	365

Capítulo VI.

DINÁMICA PROCEDIMENTAL DE LA PRUEBA PERICIAL EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

1. Introducción	369
2. Tiempo y forma de proposición de la prueba pericial.....	370
2.1. La proposición de la prueba pericial en los procesos matrimoniales civiles	370
2.2. La proposición de la prueba pericial en los procesos matrimoniales canónicos	374
3. Admisión de la prueba pericial.....	378
3.1. Criterios de utilidad y necesidad	378
3.2. Criterios de licitud	382
3.3. La impugnación de la decisión de admisión o inadmisión de la prueba pericial	386
4. La designación de peritos	388
4.1. Designación judicial de los peritos.....	390
4.2. Designación de peritos por las partes	395
5. Elaboración y presentación del dictamen pericial	395
5.1. El objeto del dictamen pericial en los procesos matrimoniales	396
5.2. Instrumentos para elaborar el dictamen pericial	402

5.3. Forma, modo y tiempo de presentación del dictamen pericial.....	407
5.3.1. Dictámenes de peritos privados o designados por las partes	408
5.3.2. Dictámenes de peritos judiciales	414
6. Intervención del perito en la ratificación y explicación del dictamen.....	416
7. Valoración de la prueba pericial	423
7.1. La “sana crítica” como criterio de valoración en los procesos matrimoniales civiles y canónicos.....	425
7.2. La influencia del modo de designación del perito en la valoración de la pericial.....	435
CONCLUSIONES	437
ABSTRACT	447
BIBLIOGRAFÍA	451

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AAS	<i>Acta Apostolicae Sedis</i>
AAVV	Autores varios
AC	Aranzadi Civil
ASS	<i>Acta Sanctae Sedis</i>
BOCD	Boletín Oficial del Congreso de los Diputados
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CC	Código Civil
CD	Código Deontológico
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio para Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIC	<i>Codex Iuris Canonici</i>
CP	Código Penal
DC	Instrucción <i>Dignitas Connubii</i>
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
FJ	Fundamento Jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
MP	Motu Proprio
MIDI	<i>Mitis Iudex Dominus Iesus</i>

ONU	Organización de Naciones Unidas
PME	Instrucción <i>Provida Mater Ecclesiae</i>
RJ	Repertorio Jurisprudencia Aranzadi
ROJ	Repertorio Oficial de Jurisprudencia
SCSO	Sagrada Congregación del Santo Oficio
SAJIAD	Servicio de Asesoramiento a Jueces e información al detenido y a su familia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia Juzgado de Primera Instancia
SRRD	<i>Sacrae Rotae Romanae Decisiones</i>
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

La presente Tesis doctoral aborda la figura de la prueba pericial en los procesos de familia a partir del estudio comparado de dos ordenamientos jurídicos de fundamental referencia y vigencia para dos sociedades: la civil y la eclesiástica.

Tanto el ordenamiento civil como el canónico comparten una preocupación y sensibilidad especial a la hora de regular la tramitación del proceso en los procedimientos matrimoniales. Cada uno de ellos ofrece una visión particular para dar respuesta a las pretensiones de las partes, primando en el proceso matrimonial de nulidad canónica la verdad sobre el vínculo y en el proceso de separación o divorcio civil, la modificación del estado civil de los cónyuges y, cuando hubiera descendencia, cómo se ven afectados los menores en relación a la patria potestad y al régimen de guarda y custodia.

La temática escogida gira en torno a los procesos matrimoniales de separación, divorcio y nulidad, mostrando cómo las pretensiones que se suscitan en el marco de estos procedimientos aconsejan servirse o no de un tipo de pericia en concreto. No cabe duda que la regulación de la prueba pericial en el ordenamiento civil es mucho más amplia que la prueba pericial canónica por la variedad de cuestiones que se discuten en estos pleitos. Por ello, he acotado la investigación a los procesos de familia por ser los que mejor respondían a la dinámica de un estudio comparado, con objeto de presentar las debilidades y los puntos fuertes de sus legislaciones partiendo de sus semejanzas y diferencias en una materia común a ambas jurisdicciones.

Por tanto, se trata de someter todos y cada uno de los elementos que integran la prueba pericial civil y canónica a estudio, analizándolos desde una perspectiva crítica. Un estudio comparado de estas características supone en sí una innovación ante la ausencia de tratamiento doctrinal, destacando las debilidades y fortalezas de la prueba pericial en ambos ordenamientos a fin de ofrecer una respuesta bien desde la reciprocidad o partiendo de una solución original y novedosa. Lo he considerado interesante y oportuno, además, para analizar en profundidad la prueba pericial canónica y su regulación en el Código de Derecho Canónico en estos treinta años de vigencia. El

estudio en paralelo de ambas jurisdicciones permitirá introducirnos en una dinámica procedimental que, si bien parece similar, presenta peculiaridades que podrían resultar atractivas para tomar como referencia en algunos aspectos del instituto de la prueba pericial.

La razón fundamental que ha motivado la elección de este tema y su análisis en profundidad radica en la actualidad, peso y eficacia –cada vez mayor– de este tipo de prueba. La pericia es un medio de prueba muy extendido y utilizado en ambos ordenamientos, sobre todo en el contexto de los procesos matrimoniales, en donde si cabe, estos peritajes son cada vez más exigentes y decisivos para dar respuesta a las distintas realidades y promover así el buen funcionamiento de la justicia.

No se puede ignorar que en los procesos de familia la intervención pericial –en sus diversas especialidades– va en creciente aumento pues a menudo surgen crisis y conflictos que requieren una intervención judicial y que han de responder a las nuevas circunstancias y escenarios de la sociedad actual, en ocasiones constitutivas de lagunas pendientes por resolver en nuestro ordenamiento jurídico. Destaca, a su vez, el carácter interdisciplinario del Derecho de Familia y esto se verifica en la concurrencia de diversas ciencias para proceder al examen pericial, de manera que no sólo resulta de interés para la ciencia jurídica pues muchas otras se encuentran también implicadas, procurando así el tan necesario diálogo y una colaboración más estrecha.

Se trata, pues, de un tema que despierta un interés especial y que he escogido por razón de mi propia experiencia profesional en el ámbito de los tribunales eclesiásticos en la tramitación de los procesos de nulidad matrimonial, al considerar que los preceptos que regulan la prueba pericial en el ámbito canónico podrían ofrecer aún una redacción más precisa y completa, dado que para ciertos temas se perciben deficiencias en su contenido, bien porque se deja la cuestión abierta, sin tratar, o bien se remite a la regulación de otras figuras que podrían ser más o menos afines. Esto conlleva el riesgo de identificar y calificar erróneamente el instituto jurídico de la prueba pericial, desvirtuando incluso su verdadera naturaleza, sentido y finalidad. Además, es un estudio oportuno que permite conocer dos realidades normativas diferentes que incluso se encuentran interrelacionadas cuando opera el reconocimiento de eficacia civil de las resoluciones de los tribunales eclesiásticos, lo que implica una evaluación de la tramitación procesal canónica que cumpla con los requisitos de homologación previstos por la legislación civil.

Será, pues, necesario determinar qué aspectos de la prueba pericial en el proceso civil podrían servir de referencia a las disposiciones canónicas, para proponer una modificación de los preceptos del Código de Derecho Canónico o de la Instrucción *Dignitas Connubii* así como la elaboración de una normativa particular cuyo cometido sea completar o desarrollar lo contenido en la normativa codicial a partir del planteamiento de posibilidades de mejora y de la búsqueda de puntos de encuentro con la legislación civil. Para ello, en efecto, será necesario dejar a un lado las reticencias manifestadas en el ámbito canónico para admitir la validez y aplicabilidad de algunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, como reflejaremos a lo largo de nuestro estudio, no existen dificultades relevantes para integrar y adaptar el sentido y el enfoque de algunas de sus disposiciones.

Sobre este punto, cabe señalar que la legislación civil española ha sido concebida en el marco de un país con una demarcación territorial inferior al territorio al que se aplican las disposiciones canónicas en la actualidad, en este caso con una validez universal y presente en todos aquellos países allí donde haya fieles católicos de la Iglesia Latina. Si ya es difícil legislar para un país que presenta una sociedad con unos condicionantes socioeconómicos y culturales propios, más aún es aplicar una ley a una pluralidad de naciones, razas y pueblos con costumbres, tradiciones y cultura diversas. A simple vista esto podría justificar que los preceptos normativos sobre la prueba pericial tiendan a ser más genéricos y algunos aspectos que consideramos relevantes, ni siquiera se mencionen.

Por otro lado, en los procesos matrimoniales civiles se detecta también, desde la experiencia de otros profesionales y operadores jurídicos, cómo la utilización de los dictámenes psicosociales constituye una particularidad que no está exenta de críticas y reclamos constantes por parte de diversos operadores jurídicos, apelando si cabe a la deseable regulación unitaria de un Código de Familia que contemple todos los aspectos procesales y materiales concernientes a esta materia. Una de las cuestiones que se plantean en esta investigación es si el dictamen de especialistas de los equipos psicosociales es susceptible de ser o no considerado como prueba pericial dada la escisión surgida por parte de la doctrina y la jurisprudencia. A pesar de las críticas que recibe continúa practicándose con asiduidad aún cuando su regulación se mantiene en una especie de limbo legal y en base a estos informes se siguen igualmente fundamentando muchas resoluciones judiciales. Esta es una deficiencia de los procesos

matrimoniales civiles que a su vez se ramifica creando problemas diversos, todo ello derivado del mal planteamiento de estos dictámenes y para lo que no parece existir justificación, pues las denuncias y las quejas registradas siguen aumentando.

Los objetivos trazados en la elaboración de esta Tesis doctoral son básicamente tres:

- Analizar el instituto jurídico de la prueba pericial en el marco concreto de los procesos matrimoniales, desgranando los elementos que lo configuran y la dinámica procedimental en la que se inserta.
- Comparar el ordenamiento civil y canónico, examinar las posibles carencias que presenta una y otra reglamentación y presentar propuestas viables de entendimiento y aprovechamiento de los criterios que en cada uno de ellos rigen su práctica.
- Aportar soluciones para aquellos vacíos legislativos, bien con la legislación que ya las pone en práctica o mediante soluciones o propuestas nuevas.

En cuanto a la metodología empleada y la lógica interna que guarda la investigación, responde a un intento de aportar coherencia a la hora de desentrañar los elementos que configuran la pericia en los procesos matrimoniales civiles y canónicos:

- Método histórico, en tanto el análisis jurídico procesal de la prueba pericial en ambos ordenamientos requiere conocer su evolución histórica para comprobar cómo esta trayectoria se encuentra condicionada por el peso y la finalidad que se ha venido reconociendo en las distintas etapas históricas, en esa doble consideración como auxilio del juez y como medio de prueba.
- Método lógico-deductivo, en tanto la prueba pericial se ha desarrollado dentro de la normativa procesal o a partir de ella pero sin llegar a tener una regulación propia en aquellas especialidades que se han acogido favorablemente en la praxis de juzgados y tribunales civiles y eclesiásticos y que han evidenciado una compleja relación con la prueba pericial en sentido estricto. Las controversias surgidas y detectadas han requerido un análisis profundo del que se han obtenido conclusiones lógicas y propuestas reveladoras para una mejor acogida de estos dictámenes especiales de ambos ordenamientos.

- Método descriptivo y exploratorio, pues a través de un procedimiento analítico, se ha pretendido descomponer la práctica de la prueba pericial desde la praxis y para cada uno de los elementos que la configuran, contrastando la regulación existente con propuestas de mejora o innovación, subsanando así los defectos de la normativa o la falta de previsión de manera que la ley procesal regule convenientemente este medio probatorio.

Sobre las fuentes utilizadas para la investigación jurídica que presentamos a continuación, la legislación que regula la prueba pericial en cada ordenamiento, civil y canónico, es la principal de la que hemos partido para desarrollar este tema y para identificar los problemas que se plantean. En el orden civil las leyes son de carácter nacional, entre las que destacan la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil. Por otro lado, en el orden canónico las fuentes legislativas básicas son de carácter universal, contenidas fundamentalmente en el Código de Derecho Canónico y en la Instrucción *Dignitas Connubii*, incorporando incluso la reforma operada por el reciente Motu Proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus*, para las causas de nulidad matrimonial que próximamente entrará en vigor. Junto a estas fuentes, el Magisterio Pontificio del último siglo también ha sido clave para mostrar el impulso que se ha dado a la utilización y admisión cada vez mayor de la prueba pericial. La transcripción literal de preceptos de la normativa civil y canónica, aún no siendo habitual en una tesis doctoral, en este caso se torna aconsejable para facilitar la comprensión simultánea de los presupuestos de ambas jurisdicciones sin necesidad de interrumpir la lectura para acudir a las fuentes normativas.

El análisis de la jurisprudencia de los Tribunales de ambas jurisdicciones es elemental para conocer la línea que se está adoptando a la hora de pronunciarse sobre temas de familia y valorar la importancia que se confiere al uso de la prueba pericial en este contexto. En el orden civil la jurisprudencia procede fundamentalmente del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y de las Audiencias Provinciales. Debe anotarse que la ausencia de más jurisprudencia reciente en el ámbito canónico queda justificada por el retraso en la publicación de las sentencias rotales –actualmente en espera de las emitidas en el año 2007–, en edición impresa y redactadas en latín. Sin duda, esto denota un sistema un tanto obsoleto que requeriría el impulso de la creación de una base de datos y que ofreciera un acceso a las publicaciones electrónicas más

directo, rápido y asequible con la posibilidad de traducción de algunas ellas en los principales idiomas.

También se hacen aportaciones de autores de la doctrina procesal civil y canónica partiendo de la consulta de monografías y artículos científicos, siendo primordial para conocer y plasmar las diversas posturas doctrinales y para comprobar que la materia en sí continúa despertando interés y es objeto de numerosos estudios.

Incluso, además de la propia experiencia en el ejercicio profesional de la abogacía, la información obtenida de compañeros letrados y jueces que resuelven en la práctica cotidiana asuntos de familia, así como de jueces eclesiásticos y abogados canonistas, ha permitido que esta investigación recogiera con mayor veracidad los recelos y el descontento que a menudo ocasiona la práctica de la pericia en los procesos de familia así como que también destacaran aquello que merecía ser alabado.

En cuanto a su estructura, la Tesis se divide en tres bloques:

- Una primera parte de componente histórico, recogida en los Capítulos I y II, donde se mostrará cómo la prueba pericial canónica en su naturaleza y esencia mantiene unas raíces comunes con la prueba pericial en el ámbito de los procesos de la jurisdicción civil, pues, como se verá al estudiar la evolución de esta institución, la herencia del Derecho Romano y el encuentro de éste (*Corpus Iuris Civilis* o Derecho Romano Justiniano) con el Derecho Canónico bajo la denominación *Ius Commune* durante la Edad Media marcaron un origen y una evolución paralela.
- La segunda parte, más conceptual y orgánica, se dedica al estudio del objeto y de los sujetos de la prueba pericial y al régimen jurídico de los peritos en el iter procedimental en los capítulos III y IV. Se examinará la prueba pericial desde dos perspectivas: la del perito y la del dictamen pericial. El peritaje es el resultado de la actividad del perito y por eso, no podemos analizar uno sin el otro. De hecho, el dictamen puede estar predeterminado por alguna cuestión que afecte directamente al perito e incluso de su admisión como prueba o valoración depende que el perito cumpla una serie de requisitos y actúe conforme a una actividad previamente reglada.
- Por último, la tercera parte comprende los Capítulos V y VI. En ellos se abarcará el tema central de la tesis identificando los tipos de pericia y abordando la

problemática surgida en cada una de éstas. El sexto y último capítulo supone una consecución del orden de los actos en la proposición y práctica de la prueba pericial y las figuras afines, tratando de determinar el alcance de la legislación actual, la efectiva respuesta que da a los problemas surgidos y constatados por la jurisprudencia, la interpretación de los preceptos en consonancia con la realidad actual y la invocación de posibles reformas si se estimaran necesarias.

Concluyo esta introducción reiterando la importancia de someter a examen el instituto jurídico de la prueba pericial y la conveniencia de hacerlo desde la comparación en forma conjunta de ambos ordenamientos. Con honestidad y humildad intelectual pretendo ofrecer a la ciencia jurídica civil y canónica mi contribución para configurar el uso de la pericia conforme a los nuevos tiempos y a las nuevas realidades que las personas y los procesos demandan y darles así una respuesta al amparo de un marco legal más completo y racional.

CAPÍTULO I

LOS PROCESOS DE FAMILIA CIVILES Y CANÓNICOS Y LA ACTIVIDAD PROBATORIA

1. Introducción

Para poder adentrarnos en el campo de la prueba pericial practicada en los procesos matrimoniales es necesario definir y precisar, desde un inicio, el contexto en el que surge y se desarrolla, las razones que impulsan su práctica y la normativa en la que se inserta para ir así desgranando las figuras e instituciones procesales que anteceden y posibilitan su existencia así como la necesidad de este medio de prueba.

La temática que vamos a tratar se corresponde con una materia, la familia, que, aunque parte de la base de un mismo bien jurídico protegido, conserva en su tratamiento matices propios a efectos jurisdiccionales y se desarrolla en dos contextos con aplicaciones y finalidades divergentes. Estos contextos parten y se adentran en las raíces sociales y culturales de un pueblo que paulatinamente ha diseñado el horizonte de protección jurídica de una institución que, a pesar de los relevos generacionales, los cambios propios de cada época y la evolución de los tiempos, conserva su identidad y se sitúa en unos parámetros para su protección que superan los límites de las legislaciones estatales, haciéndose también eco en las declaraciones supraestatales (comunitarias y universales).

Así pues, los procesos de familia han recibido una calificación singular y han sido reconocidos a partir de una regulación normativa ordinaria pero con la obligación de considerar esa especialidad en un procedimiento aparte. De este modo, “*La existencia de estos procesos está plenamente justificada bien sea por los diferentes principios en que se inspiran en comparación con la generalidad de los procesos civiles, o por la finalidad que con los mismos se pretende alcanzar, o por el gran número de especialidades procesales que presentan*”¹.

¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho*

Fundamentalmente destaca que estos procesos revisten un interés público que resulta necesario preservar y, por tanto, dotarlos de garantías especiales. La relevancia de ese carácter público es lo que articula los mecanismos procesales y subraya la importancia del objeto en este tipo de procesos: *“En los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores no se juzga sobre derechos o intereses privados sometidos al pleno poder de disposición de sus titulares, como en la generalidad de los procesos civiles, sino que se juzga sobre situaciones jurídicas a las que subyace un interés general o público que trasciende la voluntad de las personas directamente afectadas por las mismas. En atención a ese interés público, el legislador, en el terreno del Derecho sustantivo, excluye o limita el poder de disposición de los particulares sobre esas situaciones jurídicas”*².

2. La familia y su protección procesal

La regulación de los procesos matrimoniales obedece a la urgencia y rapidez que reclaman los asuntos que en ellos se ventilan y que atañen no sólo al estado de las personas como partes intervinientes sino también, en su caso, afectan a los hijos habidos en dicha unión. Veremos a lo largo de este primer capítulo cómo la dinámica de los procesos matrimoniales presenta algunas peculiaridades que vienen justificadas ampliamente por la temática en cuestión. Por eso revestirá gran importancia la aportación de la prueba pericial para esclarecer algunos puntos de la narración y demostración de unos hechos en el marco de un proceso judicial. Qué duda cabe que la ayuda y evaluación técnica de profesionales peritos en su materia será de gran utilidad para conseguir un resultado lo más justo y certero posible.

El estudio de las normas procesales del ordenamiento jurídico civil y canónico, examinadas de manera independiente pero también en clave comparativa comporta que nos situemos ante dos codificaciones que se pronuncian sobre temas más o menos afines pero con resoluciones claramente dispares, pues atienden a razones que presentan contrastes bien marcados y caracterizados.

Así pues, el planteamiento de la prueba pericial en uno u otro ordenamiento para los procesos matrimoniales difiere no tanto en la finalidad sino más bien en la motivación. Dicho de otro modo, partimos de que este tipo de prueba adquiere en

² DE LA OLIVA SANTOS, A., DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II...*, o.c., p. 548.

ambos procesos una importancia extraordinaria en cuanto aporta interpretaciones que ayudan a formar la valoración del juez sobre un asunto que le ha sido elevado para darle una solución. Sin embargo, en los procesos civiles matrimoniales (nulidad, separación y divorcio) no se persigue salvaguardar un interés en favor de la institución matrimonial como tal, mientras que, por el contrario, en los procesos de nulidad matrimonial canónica se busca recurrir a la prueba pericial para conocer mejor la verdad del vínculo³.

Resulta muy significativo para mostrar el planteamiento de la Iglesia ante los procesos de nulidad matrimonial, reproducir aquí las palabras del Papa emérito Benedicto XVI, donde claramente identifica cuál es la finalidad de los procesos y el objeto de los mismos, partiendo de la presunción de la validez del matrimonio formalmente contraído: *“Su finalidad no es quitar un bien a nadie, sino establecer y defender la pertenencia de los bienes a las personas y a las instituciones. En la hipótesis de nulidad matrimonial, a esta consideración, que vale para todo proceso, se añada otra más específica. Aquí no hay algún bien sobre el que disputen las partes y que deba atribuirse a una o a otra. En cambio, el objeto del proceso es declarar la verdad sobre la validez o invalidez de un matrimonio concreto, es decir, sobre una realidad que funda la institución de la familia y que afecta en el máximo grado a la Iglesia y a la sociedad civil. En consecuencia, se puede afirmar que en este tipo de procesos el destinatario de la solicitud de declaración es la Iglesia misma”*⁴.

Dentro del ámbito canónico acotamos la materia de los procesos matrimoniales refiriéndonos preferentemente al proceso de nulidad matrimonial porque, conforme a la legislación eclesiástica, tan sólo éste responde al principio de contradicción y requiere la presentación de pruebas para demostrar cuanto afirman o alegan las partes. Quedaría, pues, excluido de nuestro estudio el proceso para la dispensa del matrimonio rato y no

³ En la reciente reforma publicada con entrada en vigor el 8 de diciembre de 2015, a través de la Carta Apostólica en forma de Motu Proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus* del Papa Francisco, sobre la reforma del proceso canónico para las causas de declaración de nulidad del matrimonio en el Código de Derecho Canónico, se recuerda cómo la vía judicial para tramitar las causas de nulidad matrimonial viene exigida por la necesidad de tutelar en grado máximo la verdad del sagrado vínculo.

⁴ BENEDICTO XVI. “Discurso al Tribunal de la Rota Romana, de 28 de Enero de 2006”, en: *AAS* 98 - II, núm. 1 (2006) p. 137.

consumado, que también es un procedimiento especial⁵, donde no existe la figura del actor, sino “orador”, pues habiendo sido constituido válidamente el matrimonio, se pide al Romano Pontífice la gracia de que el vínculo quede disuelto por inconsumación, aunque también la prueba pericial puede tener una relevancia considerable, aún más en los casos en que se trata de la prueba física. Para las causas de separación de los cónyuges, a pesar de encontrarse contemplado el proceso en los cc. 1692-1696 CIC, al carecer de efectos civiles conforme al art. VIII del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos del año 1979 entre la Santa Sede y el Estado Español, podría decirse que actualmente no existen casos de esposos que recurran a la separación eclesiástica bien por vía administrativa o por vía judicial.

Antes de entrar en materia relacionada propiamente con la prueba pericial, es necesario situar el objeto de estudio y el marco donde se integra este concreto medio de prueba en base al carácter especial de la materia que estudiaremos. Por eso, dada la particular naturaleza de nuestra investigación en clave comparativa, creemos necesario hacerlo dentro de los procesos matrimoniales, no sólo por la importancia que revisten sino también por considerar esta temática actual y bastante frecuente en la práctica procesal de ambas jurisdicciones civil y eclesiástica. De ahí que nos detengamos únicamente en los procesos de separación, nulidad y divorcio civil que pueden encontrar su homólogo –en sentido amplio– en los procesos de separación y nulidad matrimonial canónica y en el procedimiento de disolución matrimonial.

En este primer Capítulo plasmaremos los elementos identificadores de los procesos matrimoniales y cuáles son las características especiales que este tipo de procesos tienen.

2.1. El carácter público y social del matrimonio civil y canónico

El matrimonio, como tal, comporta una realidad única con unas características propias, pues consiste en una institución de carácter social que establece un vínculo conyugal entre sus miembros. Además, de esta unión surgen una serie de derechos y

⁵ Por medio de la Carta Apostólica en forma de Motu Proprio *Quaerit Semper* del Sumo Pontífice Benedicto XVI, del 30 de agosto de 2011 y justificando que la Santa Sede siempre ha intentado adecuar su propia estructura de gobierno a las necesidades pastorales surgidas en cada periodo histórico para bien de la vida de la Iglesia, se transfirieron a un nuevo Departamento constituido en el Tribunal de la Rota Romana la competencia para tratar los procedimientos para la dispensa del matrimonio rato y no consumado y las causas de nulidad de la Sagrada Ordenación.

obligaciones que el Derecho reconoce, garantizando además su disfrute y ejercicio. Esta clara incidencia en los valores sociales convierte a esta materia en el epicentro de muchas consideraciones y tratamientos especiales.

Se puede constatar, pues, que el carácter social es algo inmanente a la relación matrimonial. De hecho, una de las manifestaciones de ese “carácter social” lo encontramos en el momento en que la sociedad interviene para tutelar que esa relación sea propiamente conyugal, promoviendo la intimidad de esa comunidad de vida contra intromisiones de terceros, impidiendo que no se realicen uniones con consanguíneos o que elementos de esa vida en común como el patrimonio no sea alterado o apropiado injustamente por otros.

Resulta necesario, por tanto, partir de lo que supone la realidad matrimonial en el doble contexto público y privado⁶. Al matrimonio, como relación personal e íntima entre dos sujetos, se le reconoce en primer lugar una dimensión privada en cuanto que son dos voluntades independientes y autónomas, procedentes de dos sujetos con pleno uso de razón en el ejercicio de sus capacidades, que se entregan el uno al otro, desde la complementariedad biológica, psicológica y social, consensuando un pacto de mutua dependencia y compromiso. Pero el matrimonio comporta una realidad social (de ahí la dimensión pública) desde el momento en que se constituye y se otorga publicidad al acto, comenzando a desplegar los efectos correspondientes, porque además, el matrimonio es el inicio de la formación de una nueva célula familiar dentro de la sociedad⁷. La familia, pues, ha de entenderse desde un origen constitutivo doble: por un lado, la alianza a través del matrimonio y por otro, la filiación que surge a partir de este enlace.

También cuando se habla del matrimonio y familia en términos de sociedad estamos concibiendo un panorama de desarrollo de la calidad de vida, de bienestar económico y promoción y mejora de las relaciones interpersonales. Sin duda este reto comporta una apuesta constante por conseguir una transformación social y jurídica de la

⁶ No debemos olvidar que en toda la obra la referencia al matrimonio se hará en base a su consideración como unión de dos personas de diferente sexo, que es lo que dispone la Iglesia Católica (c. 1055 §1 CIC, donde expresamente se menciona al “varón” y a la “mujer”).

⁷ Así se contempla la protección de la familia en la Declaración de los Derechos Humanos, al establecer en su art. 16.3 que “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”.

familia sin que se vean comprometidos los fundamentos y presupuestos fundacionales de la misma.

Se reconoce así la necesaria presencia de los poderes públicos o de la Iglesia (para el caso del matrimonio canónico) en orden a proteger y salvaguardar la institución matrimonial, pues goza de un papel fundamental y vital en la preservación del bien común y en el fomento del bienestar de los hijos nacidos en su seno. De ahí que se busque potenciar el valor de la vida familiar que se construye a partir del matrimonio, una elección que la mayoría de las personas quieren llevar a buen término y que la sociedad debe aprobar y respaldar.

Siendo el matrimonio un derecho natural reconocido constitucionalmente, es positivo además que el compromiso inherente a esta particular forma de vida obtenga un reconocimiento público que, a pesar de admitir por encima de todo el carácter personal y privado de este compromiso, afectando única y exclusivamente a la voluntad de los cónyuges que deciden someterse a este modelo de vida en común, no permita que quede relegada a un segundo plano la trascendencia social de este acto.

No podemos soslayar, además, la influencia del patrimonio histórico, cultural y religioso de nuestro país a la hora de configurar la institución matrimonial como revelador de los cambios experimentados en el último siglo a la hora de potenciar una mayor publicidad y trascendencia social. Independientemente de las creencias religiosas, todavía son muchos los que buscan en su unión una formalidad que revista no sólo unos efectos jurídicos sino que cuente además con el testimonio y la aprobación de la sociedad en la variedad de relaciones que ésta representa. Pero también es verdad que la religión ha determinado necesariamente la celebración de muchos matrimonios por coherencia y convicción y en otras ocasiones por la costumbre del lugar.

En todo caso, el fenómeno religioso ha irrumpido de tal manera en la sociedad que los poderes públicos han visto la necesidad de regular las manifestaciones que éste pudiera tener y ejercer sobre la vida de las personas. De ahí que, por ejemplo, en nuestro país se hayan formalizado acuerdos de cooperación entre el Gobierno español y las distintas confesiones religiosas que han demostrado tener un notorio arraigo y un número significativo de fieles⁸. A partir de este primer reconocimiento de la pluralidad

⁸ Muestra de ello son los Acuerdos firmados no sólo entre el Estado Español y la Santa Sede del año 1979 sino también los firmados con las Confesiones minoritarias en España, como es la comunidad evangélica, judía e islámica en el año 1992. Junto a estas también tienen reconocido

de creencias religiosas existentes en España, se constató que de todas ellas el matrimonio de la Confesión Católica era el más frecuente de entre todos los cultos subsistentes, lo que propició por parte del Estado el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas de Derecho Canónico⁹. La organización jerárquica de la Iglesia Católica, la perfecta identificación de sus ministros y sus funciones así como la inmersión social de la Iglesia a través de su presencia en multitud de instituciones benéficas y sociales de las que es titular (educativas y sanitarias fundamentalmente) ha ido reclamando un posicionamiento efectivo que respondiera así a los intereses de gran parte de la sociedad española.

Por eso, la publicidad es la antesala de la aceptación social y a través de ella se materializa legal e institucionalmente la realidad matrimonial. Y estos dos rasgos definen tanto el matrimonio civil como el matrimonio canónico, pues ambos se encuentran insertados en una estructura cuyas bases comparten dos sujetos procedentes de troncos genealógicos diferentes que a su vez se ramifican dando lugar a nuevas generaciones.

2.2. Las crisis matrimoniales y su protección: especial referencia a la mediación

Es frecuente escuchar que el matrimonio hoy en día está en crisis. Es cierto que el concepto de matrimonio se ha debilitado y las consecuencias de su debilitamiento han sido muy negativas para el conjunto de la sociedad, preocupando factores como el divorcio, las parejas de hecho, los hijos ilegítimos y el matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero no es la institución matrimonial desde su carácter social y público la que se encuentra en crisis, sino la dimensión privada y las motivaciones que lo inspiran.

Las nuevas realidades sociales y la cultura imperante que va restando valor al deseable carácter indisoluble del matrimonio han propiciado que paulatinamente el número de crisis matrimoniales haya ido en aumento, todo ello a pesar de la crisis económica en la que aún nos encontramos inmersos –que quizá pudiera abogar en favor

notorio arraigo –requisito previo para suscribir acuerdos de cooperación con el Estado Español– la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos días (mormones), los Testigos de Jehová, la Iglesia Ortodoxa y la Federación de Entidades Budistas. En Febrero de 2015 se aprobó un anteproyecto de ley para dar validez a los ritos religiosos para el matrimonio de los fieles de estas confesiones, pues hasta el presente, si quieren que su matrimonio tenga validez en España tiene que casarse en la forma civil.

⁹ art. VI. Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, 1979.

del mantenimiento de la unidad familiar— y pese a que también cada vez son menos los matrimonios que se celebran, creciendo así las uniones de mera convivencia, que pueden llegar a ser o no reconocidas legalmente. Este crecimiento del número de crisis matrimoniales produce también en el ámbito jurisdiccional el aumento de las acciones civiles en las que se pide una modificación y un cambio en el *status* civil del sujeto o los sujetos solicitantes. La amplitud de los efectos directos y colaterales que producen estas decisiones, que no dejan de partir de un componente íntimo y personal de los cónyuges, revelan ciertamente un impacto devastador en el contexto en el que se manifiestan. De ahí que compartamos la siguiente reflexión: *“Si la estabilidad matrimonial y familiar puede constituir un índice de la paz social, al contrario los conflictos conyugales comportan dolorosas secuelas para sus inmediatos protagonistas (tal vez incluso más difíciles o perdurables para sus hijos menores), que sin duda revierten de diversas maneras en el entorno social”*¹⁰.

Según los datos proporcionados por el Consejo General del Poder Judicial y contrastados también con las cifras facilitadas por el Instituto Nacional de Estadística¹¹, en el año 2014 hubo un total de 96.665 resoluciones judiciales en materia estrictamente matrimonial en Juzgados de Violencia contra la mujer¹², de Instrucción y de Primera Instancia e Instrucción, correspondiendo estos valores a las siguientes categorías: 55.083 divorcios consensuados y 36.322 divorcios no consensuados, 3.500 separaciones consensuadas y 1615 separaciones no consensuadas y 145 nulidades. De esta consulta

¹⁰ TENA PIAZUELO, I., “La mediación conyugal en las crisis matrimoniales”, Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200101-255141701013160.html> [Consulta: 5 Enero de 2014].

¹¹ Informes estadísticos, Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Informes-estadisticos/Informes-periodicos>. [Consulta: 3 de enero de 2015]. También disponible en: <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do> [3 agosto 2015]. Según una nota de la propia página web que publica estos datos informa de la mayor exactitud del año evaluado y disponible sólo hasta el 2013, debido sobre todo a que se ha podido contar con nuevas fuentes auxiliares de información del ámbito judicial, lo que ha permitido mejorar los procesos de estimación de esta estadística.

¹² Cabe recordar que ese a que se atribuye la competencia objetiva para conocer de los procesos de familia a los Juzgados de Primera Instancia conforme establece el art. 769 LEC, corresponderá conocer en el orden civil de los procesos de nulidad, separación y divorcio a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer a tenor del art. 87 LOPJ cuando alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género o sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género o cuando se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por falta o delito a consecuencia de un ato de violencia sobre la mujer o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

deducimos que ha habido un descenso significativo del número de divorcios en relación a años anteriores, pero las cifras siguen constatando el afianzamiento de este recurso para poner fin a la convivencia conyugal.

Pero no se trata aquí de buscar soluciones ante una problemática que pueda generar más casos y que despierta cada vez mayor preocupación. No es objeto de nuestro análisis dar respuestas a la crisis del modelo actual del matrimonio y la familia. Lo que nosotros buscamos en nuestro estudio es situarnos ante una materia que, una vez planteada ante los Tribunales civiles o eclesiásticos, busca una cobertura jurídica adecuada y que responda a los intereses de las partes, utilizando para ello los cauces procesales previstos y los recursos en materia probatoria. Para ello, habrá que constatar que toda la regulación se ajusta a los presupuestos de la tutela judicial efectiva y que las actuaciones procesales conducentes a la culminación del procedimiento son adecuadas y procedentes para arrojar luz sobre los hechos controvertidos.

De hecho, se tiene que procurar, además, que el desarrollo del proceso no siembre aún más discordia ni animadversión entre los cónyuges, más aún cuando existe una relación hostil entre ellos. Por eso se ha de verificar y perseguir que las pruebas que se utilicen para la defensa de las pretensiones de las partes sean estrictamente necesarias y que se ciñan a lo que realmente resulta pertinente y provechoso para el proceso.

El carácter peculiar de este tipo de procesos en virtud de la sensibilidad de la materia hace necesario reforzar, en la medida en que esto sea posible, los canales de diálogo, acuerdo y reconciliación. Pero dada también la naturaleza de estos procesos declarativos especiales, las facultades de intervención del juez civil como sujeto conciliador adquieren cierta relevancia, de manera que para estos procesos no tiene mucho peso esos “límites que debe respetar el juzgador en observancia del deber de imparcialidad y de la necesidad de no anticipar o prejuzgar el fallo”¹³.

No obstante, a este fin, para la generalidad de los procesos, la LEC insta en su art. 440 en aquellos asuntos que sean tramitados por el juicio verbal: “*En la citación se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma*”. En el

¹³ ABEL LLUCH, X., “La Función conciliadora en la Audiencia previa: Presupuestos, facultades judiciales y límites”, en: *Revista Jurídica Valenciana*, 30 (2013) p. 2.

mismo tenor se pronuncia el art. 428. 2 LEC, en el marco del juicio ordinario: “*A la vista del objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio. En su caso, será de aplicación al acuerdo lo dispuesto en el artículo 415 de esta Ley*”. Por eso, la función conciliadora o evitadora¹⁴ se sitúa al inicio de la audiencia previa (art. 415.1 LEC) y tras haber delimitado los términos del debate (art. 428.2 LEC), de manera un tanto imperativa a la hora de comprobar si subsiste el litigio cuando se da al inicio frente a la redacción potestativa que prevé que el juez pueda exhortar a las partes para que lleguen a un acuerdo¹⁵, haciendo que se pueda prescindir de este segundo intento de conciliación¹⁶.

Esto mismo ocurre en los procesos matrimoniales canónicos y se evidencia, si cabe, con más claridad cómo se ha de agotar cualquier vía posible que permita restaurar la convivencia conyugal: “*Antes de aceptar una causa y siempre que vea alguna esperanza de éxito, el juez empleará medios pastorales, para inducir a los cónyuges, si es posible, a convalidar su matrimonio y a restablecer la convivencia conyugal*” (c. 1676 CIC)¹⁷. Pero incluso cuando esto no sea posible, se pide que el juez exhorte a los cónyuges para actuar verazmente con caridad y a colaborar sinceramente en la búsqueda de la verdad objetiva.

Esta particular actitud conciliadora prevista para el caso en que se pueda recuperar la relación matrimonial o más bien mediadora para cuando ya no sea posible

¹⁴ Cf. GONZÁLEZ MONTES, F., *La audiencia previa en el juicio ordinario de la Ley 1/2000, de 7 de enero*, en: Revista “Tribunales de Justicia”, 10 (2000) pp. 1050 y 1053 y ss.

¹⁵ Cf. ABEL LLUCH, X., *La Función conciliadora ... o.c.*, p. 12.

¹⁶ Cf. BANACLOCHE PALAO, J., “Las otras finalidades de la Audiencia previa al juicio”, en AAVV, *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ªed. Madrid, 2009, p. 323.

¹⁷ La práctica de la mediación familiar en los casos de separación y divorcio que emerge en el ámbito civil como alternativa a la justicia reglamentada, puede servir de referente para el momento previo a la introducción de la causa en el proceso matrimonial canónico (Cf. RIONDINO, M., “La mediazione familiare”, en: *Commentarium pro Religiosis et missionariis*, 86 (2005) pp. 39-56). En el mismo sentido, se pronuncia Arroba Conde sosteniendo que se han de rescatar unos deberes deontológicos específicamente canónicos para ofrecer una asistencia y una información lo más acertada posible en una situación tan delicada en la que se encuentran los cónyuges en trámites de separación o divorcio (Cf. ARROBA CONDE, M.J., “Principi di deontologia forense canonica”, en: AAVV, *Il diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2006, pp. 138-140).

pero, al menos, se puedan paliar los efectos negativos derivados de ella, vincula al juez desde el inicio del proceso o, mejor dicho, desde antes incluso de incoarlo.

Este planteamiento por el que el juez parece involucrarse personalmente en el asunto litigioso más allá de la función estrictamente judicial quizá pueda chocar con el concepto de la necesaria independencia e imparcialidad del juez, tal vez mejor acuñado, respetado y promovido en el orden civil. Ahora bien, a nivel jurídico, en el ámbito propiamente canónico, no escandaliza esta actitud al quedar comprendida en el deber de los jueces de aplicar las normas para el bien de las almas en esa doble proyección jurídico-pastoral, tal y como revela el último canon del Código de Derecho Canónico: *“la salvación de las almas (...) debe ser la ley suprema de la Iglesia”*.

En ocasiones, cuando la parte demandada en un proceso de nulidad matrimonial canónica recibe la demanda sin tener conocimiento previo de que iba a ser presentada, provoca en ella un malestar sorpresivo por sentirse juzgada y confusa al no poder interpretar correctamente los términos del Libelo. Además, el que ambas partes puedan sostener versiones diferentes de los hechos, puede contribuir a exasperar aún más al cónyuge que, inicialmente, se encuentra o se ve desprotegido, creyendo incluso que ha sido acusado injustamente o que nada de lo que se dice es cierto. Por eso es tan importante que el Juez explique al cónyuge demandado, con cercanía y caridad pastoral, que el proceso de nulidad matrimonial no pretende juzgar a las personas, sino decidir sobre la existencia o inexistencia del vínculo matrimonial¹⁸.

A priori, ya en este aspecto de recomendar a las partes por parte del juez que se llegue a un acuerdo, encontramos que existen grandes matices en el orden civil y canónico, de modo que la preocupación porque las partes resuelvan sus diferencias y restauren su relación viene impuesta por una exigencia más bien deontológica y de cariz personal, en base al ministerio desempeñado, convirtiendo así su oficio en un gesto altruista que busca el bien del otro insertado incluso en la Pastoral Familiar. De algún

¹⁸ Incluso, aunque esto ya supondría que el proceso está iniciado, esta sensibilidad se encuentra de algún modo presente a la hora de tratar estos asuntos, y por eso muchos Tribunales optan por citar a la parte demandada en sede del Tribunal para hacerle entrega de la demanda y aprovechar para suavizar cualquier posible efecto adverso que pudiera ocasionar sobre él. Es éste, por tanto, un momento procesal con una carga también pastoral. Además, la interposición de una demanda sin una determinación seria y el convencimiento de los cónyuges de que su matrimonio es nulo, con la ayuda y la intervención del juez para constatarlo, podría derivar en la renuncia a la instancia (cf. c. 1524 CIC y art. 65 DC). (Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *La Instrucción “Dignitas Connubii” a examen*, Salamanca, 2006, p. 78).

modo se responsabiliza al juez eclesiástico de la necesaria cercanía y celeridad que se debe observar en los procesos matrimoniales¹⁹. Claramente la motivación para un juez civil es otra si tenemos en cuenta que, aunque se le reconozca en los procesos matrimoniales una intervención mayor en materia probatoria, su visión del proceso y su posición en él es, como cabe esperar, de espectador además de interviniente.

Conscientes, pues, de la necesidad de una conciliación o acercamiento de posturas en el procedimiento contradictorio matrimonial, concretamente a nivel civil puede suscitarse antes de iniciar las actuaciones judiciales, lo que se denomina mediación convencional o extrajudicial. Pero también puede darse una vez haya comenzado a transcurrir el proceso contencioso, de manera simultánea o en fase de ejecución de la sentencia de nulidad, separación o divorcio, llamada mediación intrajudicial con o sin derivación²⁰. En esta derivación son muchos los sujetos que pueden intervenir a efectos de indicar la conveniencia de que las partes se sometan a mediación, como puede ser por iniciativa del juez (iría en este caso más allá de su cometido de mero aplicador jurídico), por los servicios de las Comunidades Autónomas o del Ayuntamiento, de los Colegios de Abogados, de profesionales como psicólogos, trabajadores sociales o educadores, del equipo psicosocial del Juzgado o por parte del Ministerio Fiscal si este interviniera. Pero sólo el juez sería quien realmente pudiera derivar al Servicio de Mediación, sin que en ningún momento pudiera imponerla, creemos que en este caso, en beneficio e interés de los justiciables. En todo caso, conforme reza el art. 770 en el apartado 7º: *“las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación”*.

Como respuesta a esta necesidad de fomentar que los conflictos se puedan solucionar amistosamente, constatamos la existencia de normativa a nivel nacional y europeo que velan por ofrecer este recurso particular. Así pues, la Directiva 2008/52/CE

¹⁹ Basta recordar unas palabras del Emérito Papa Benedicto XVI donde plasmaba esta idea: *“Con todo, la verdad buscada en los procesos de nulidad matrimonial no es una verdad abstracta, separada del bien de las personas. Es una verdad que se integra en el itinerario humano y cristiano de todo fiel. Por tanto, es muy importante que su declaración se produzca en tiempos razonables. (...) Pero es una obligación grave hacer que la actuación institucional de la Iglesia en los tribunales sea cada vez más cercana a los fieles”* (BENEDICTO XVI. “Discurso al Tribunal de la Rota Romana, de 28 de Enero de 2006”, en: AAS 98 –II, núm. 1 (2006) p. 138.

²⁰ Cf. LÓPEZ SAN LUIS, R. Y PÉREZ VALLEJO, A.M., *Tendencias actuales en el Derecho de familia*, Almería, 2004, p. 84.

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles facilita que los acuerdos que se alcancen por medio de la mediación sean reconocidos y ejecutados en toda la Unión Europea de la misma manera que se reconocen las resoluciones judiciales en materia no sólo civil y mercantil sino también en material matrimonial y de responsabilidad parental. De hecho, a pesar de que sus disposiciones *“solo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos”*, la propia Directiva admite que *“nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional”*. Con ello, lo que se está posibilitando es que a la mediación se le confiera mayor credibilidad e importancia, situándolo como un medio serio, estable y también fiable que pueda equipararse, de alguna manera, al proceso judicial. Qué duda cabe que este sistema es totalmente inocuo y los principios en los que se inspiran, como la voluntariedad, imparcialidad y neutralidad del mediador así como la confidencialidad, ha encontrado cabida y ha sido impulsada en el ámbito de las Comunidades Autónomas y sobre todo, en la Ley nacional 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, donde la mediación ha sido definida como un *“instrumento complementario de la Administración de Justicia”*.

En España, la actividad legislativa ha ido concretando la historia de la mediación familiar, comenzando por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, y a partir de ahí, a través de las Comunidades autónomas en las normas dictadas en el marco de las competencias que tienen atribuidas. Igualmente, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, definió la urgencia de cumplir con las Disposiciones de la Unión Europea en orden a crear una normativa nacional de mediación civil y mercantil, la que surgió posteriormente en 2012 y a la que hemos aludido en el párrafo anterior.

Así pues, para los asuntos de índole matrimonial el recurso a la figura de la mediación todavía no se encuentra institucionalizada²¹ en nuestro país, aunque en algunos sectores ya comienza a despuntar por los beneficios que integra y los buenos

²¹ Actualmente existen normas que regulan de modo general el ejercicio de la mediación, pero su presencia en el ordenamiento jurídico integrado en el ámbito de los procesos matrimoniales de momento no tiene estructura propia.

resultados que ofrece ante la resolución de los conflictos²². Y es que bien puede utilizarse para solucionar los conflictos conyugales, como un paso previo que evite cualquier acceso a los Tribunales para dejar sin efecto o extinguir el vínculo conyugal, o al menos, para evitar que la situación se torne más problemática y conflictiva, sobre todo en aquello que guarda relación con la vida instaurada tras una ruptura, en lo que concierne a los alimentos u otras medidas complementarias o los efectos patrimoniales del matrimonio. Así pues, la ayuda de estos profesionales puede ser muy eficaz para acortar la vía judicial y hacerla más llevadera, aún cuando de la misma se exija un pronunciamiento oficial.

La remisión a estos mecanismos no constituye una imposición y un requisito ineludible, sino que se ofrece tanto en España como en la mayoría de países de Occidente como un servicio de asistencia voluntaria, salvo alguna excepción como es el caso de Holanda. Ahora bien, concordamos en la importancia que se confiere a la mediación por la repercusión a nivel social : *“los buenos oficios de los profesionales mediadores (públicos o Privados) sólo encontrarán un reconocimiento suficiente cuando su actividad pueda trascender de una manera específica en los procesos matrimoniales, en que por necesidad jurídica tiene que darse cauce a las crisis matrimoniales. Ello al margen de que no me parecería demasiado ambicioso el objetivo de la mediación que se contentara con lograr la disolución más razonable o pacífica de un matrimonio, es decir la más económica en sentido amplio, en vez de tender posibilidades a la reconciliación entre los esposos, a la conservación de la voluntaria elección matrimonial. Aunque lo roto (los matrimonios, tanto como las cosas más materiales) no siempre se puede restaurar o reparar, tal vez la eventualidad de que se consiguiera merece no desperdiciar la ocasión de intentarlo, y no estaría de más que en las futuras regulaciones legales de la mediación se recordara así”*²³.

Además, sería interesante que esta mediación fuera, de algún modo, propiciada y encabezada por los propios abogados que asesoran técnicamente a las partes en todos aquellos asuntos jurídicos que pretenden resolver, y junto a ellos, también se pudieran unir los profesionales de la psicología, por ejemplo, para ayudar en problemas de índole

²² Ver Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, diseñada para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible.

²³ TENA PIAZUELO, I., “La mediación conyugal... o.c., [Consulta: 18 marzo 2013].

psicológica y humana. La integración de esta interdisciplinariedad debe establecerse como premisa a la hora de afrontar una crisis matrimonial, de manera que las partes pudieran encontrar en estos profesionales una visión distinta de cómo superar las contrariedades y llegar a un acuerdo.

Pero, de no conseguirlo y constatar así que lo único que queda es acoger la solicitud de los cónyuges por la vía jurisdiccional, al menos se debe intentar que la experiencia sea lo menos gravosa y traumática posible para todos los integrantes de la unidad familiar. No se puede, por tanto, convertir o utilizar el proceso como un medio de venganza o aprovechamiento injusto de la situación, y quienes en él intervienen representando y asesorando a las partes no deben participar ni secundar estos propósitos si estos así fueran. Por eso es tan importante que hasta los medios probatorios que se presenten no se utilicen para desacreditar a los sujetos, o para ventilar otros asuntos que nada tienen que ver con la cuestión principal. Teniendo esto en cuenta, en el tema que ocupa nuestro estudio es tan importante actuar observando siempre unos principios deontológicos que muestren no sólo la necesidad de los medios probatorios sino también su pertinencia, dejando fuera de toda duda una elección y disposición arbitraria de los mismos.

3. La justificación Constitucional de los procesos de Familia

La Constitución Española dedica en su articulado varias referencias a la familia, como un derecho así como desde la perspectiva de las obligaciones de protección que genera para los poderes públicos. Y es que el término “familia” hace alusión a un grupo humano al que se pertenece y que viene condicionado por el nacimiento de un sujeto. De hecho, la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos la define como ese elemento natural, universal y fundamental de la sociedad, que tiene derecho a su protección por parte de la sociedad y del Estado²⁴.

En torno a la definición de la familia, fundada nuclearmente sobre la base de la unión entre un hombre y una mujer, hoy en día muchos reclaman una equiparación de otras formas de vida, de carácter y costumbres aparentemente comunes o similares al modelo único y principal de familia. De hecho, cada vez son más los que creen que la familia, al configurarse de manera distinta por los factores sociales, culturales,

²⁴ Art. 16.3 Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de la Naciones Unidas (1948).

económicos y afectivos, deja de tener una esencia o naturaleza inalterable, exigiendo que se adapte al contexto de lo que vaya pidiendo, en cada momento, la sociedad. Independientemente de que se defienda una u otra postura, en la pluralidad de relaciones o supuestos familiares se debe intentar promover y proteger el bien y el objeto mismo de la familia.

Dada su relevancia en la sociedad, la Constitución ampara la familia, el matrimonio y los hijos, concediéndoles un lugar destacado en el elenco de derechos de los ciudadanos (art. 32 C.E., sobre el derecho de todo hombre y mujer a contraer matrimonio) y también al inicio de los principios rectores de la política social y económica (art. 39 C.E., sobre la protección de la familia y de los hijos). Incluso, el origen biológico de un sujeto va a contar con una protección constitucional independientemente de su filiación (art. 39.2 C.E.).

Por eso, en continuidad con la Constitución, la Ley de Enjuiciamiento Civil desarrolla procesalmente esa protección específica, y bajo el epígrafe “procesos especiales” del Libro IV de la LEC se pretende proteger los valores constitucionales del matrimonio, la familia y el menor mediante los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Se trata, pues, de incorporar y reunir aquellos procesos *“en que no rige el principio dispositivo o debe ser matizada su influencia en razón de un indiscutible interés público inherente al objeto procesal”*²⁵.

Decimos también que el matrimonio sostiene, de algún modo, la sociedad civil y promueve el bien común en cuanto que las familias que se crean a partir de él constituyen pequeñas sociedades y la unión de confianza establecida de generación en generación es un componente clave del conjunto de la sociedad. Por tanto, los beneficios y las aportaciones en pro del bien común deben ser reconocidos sin adoptar un posicionamiento estrictamente religioso o secular, sino desde el convencimiento de que el matrimonio en sí posee razones sólidas para reforzar las normas que lo protegen así como las políticas públicas que lo potencian.

Bien es cierto que, por lo general, los Estados de Derecho han reconocido el derecho a contraer matrimonio independientemente de las creencias religiosas de los sujetos y así lo han recogido en sus textos constitucionales. Por eso, a pesar de que la ceremonia de su celebración difiera en el orden religioso o secular, el significado que ha

²⁵ Exposición de Motivos. LEC 2000. XIX.4.

adoptado en el orden social ha sido muy similar. Incluso, se reconoce positivamente el efecto beneficioso de la religión cuando crea o mantiene el matrimonio como institución social.

Pero no sólo la celebración de un matrimonio tiene consecuencias sociales, sino también la ruptura matrimonial presenta resultados y consecuencias públicas que no se deben obviar. Esto provoca, incluso, que la intervención del Estado en las vidas privadas sea mayor, despojando a los sujetos de esa autonomía en la gestión de su programa personal, forzando al sistema judicial para que se pronuncie a la hora de aportar soluciones que los sujetos por sí mismos no son capaces de acordar, y todo ello, provocando, en definitiva, un debilitamiento de la sociedad civil en general. De hecho, múltiples estudios confirman que también la seguridad pública y el sistema judicial se resienten y se ven afectados por los fracasos matrimoniales.

Reconocemos, por tanto, que la actual Ley de Enjuiciamiento Civil concede a estas cuatro materias la protección necesaria procesalmente hablando y garantiza que por la importancia del tema, se admita un tratamiento diferente y una especialidad procesal que se caracterice por ser un sistema sustantivo, autónomo y garantista.

La especialidad que acompaña a este tipo de procesos, no sólo en la denominación sino también –como constatan las normas procesales– con la efectiva consideración y un tratamiento singular, deriva de la exigencia de amparo impuesta por la Constitución y justifica que, si el texto constitucional destaca estas materias, el resto de normas subordinadas se vean obligadas a ello, por propia coherencia y para conservar la unidad del sistema. Son materias, por tanto, que requieren una tutela jurisdiccional diferenciada en base a la peculiaridad, singularidad y especialidad que ostentan²⁶.

A nivel organizativo –y como forma de cumplir coherentemente con la consideración y regulación especial de los procesos en materia de familia– debemos reconocer que con la Disposición Final de la Ley de 7 de julio de 1981²⁷ y el artículo 1

²⁶ Cf. DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II...*, o.c., p. 546.

²⁷ “Una vez creados los Juzgados de Familia, asumirán las funciones atribuidas en la presente Ley a los de Primera Instancia”.

del RD de 3 de julio de 1981 así como el art. 89 LOPJ²⁸ se dio un paso importante para admitir la necesaria especialización de los Juzgados de Primera Instancia en materia de Familia en aquellos partidos judiciales donde quedara justificado en función del número de casos que debiera conocer. Varias son las razones de los que propugnan la creación y expansión de estos Juzgados especializados, la primera de todas relativa al rasgo distintivo que hace que sea una materia particular, pero junto a esta, se plantean otras no menos importantes como son los recursos y medios personales formados por Psicólogos y Trabajadores sociales que deben intervenir necesariamente en los procesos para mejor proveer en las decisiones que se adopten²⁹.

Con carácter relativamente reciente y como el último intento registrado tras otras proposiciones previas³⁰ para instaurar una nueva jurisdicción sobre temas relacionados con el derecho de la persona, se produjo el planteamiento por parte del Grupo Parlamentario Catalán a través de una proposición de ley 122/000167³¹ sobre modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, al objeto de crear un nuevo orden jurisdiccional que conociera únicamente de asuntos en materia de familia. Sin llegar a este extremo, pues sería un proyecto absurdo y poco resolutivo para el fin que se propone alcanzar, sería suficiente con dotar de medios suficientes a los

²⁸ Si bien se establece en el art. 89 LOPJ que “La Ley de planta y demarcación puede establecer, como órganos distintos, en aquellos partidos en que fuere conveniente, los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de Instrucción”, este presupuesto de especialización no se contempla con carácter general, de manera que ni en todos los partidos judiciales ni en todas las capitales de provincia existe un Juzgado que conozca únicamente de materia de Familia.

²⁹ Independientemente de que los Equipos Técnicos Judiciales estén desarrollando una labor importante como auxiliares del Juez, fundamentalmente para tomar declaración a los menores o para informar sobre la situación familiar en general, es cierto que su intervención ha ido más allá de lo que realmente se prevé en la Ley, de manera que no se puede justificar que la utilidad de estos profesionales a efectos de reforzar este servicio puesto a disposición del Juzgado pueda protagonizar la creación de un nuevo orden jurisdiccional denominado “jurisdicción de familia” (Cf. PÉREZ DAUDÍ, V., “La intervención de especialistas en el proceso de familia”, en: *Revista Jurídica de Catalunya*, 1 (2009) p. 157).

³⁰ Con anterioridad a esta Proposición de Ley, ya se había gestado otra proposición de ley 122/000014 de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para crear una jurisdicción de Familia y en la misma, además, crear otro orden para conocer de temas relativos a la persona (cf. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serio B: proposiciones de ley, de 23 de abril de 2004). Posteriormente, también hubo otra proposición de ley 122/000068 Orgánica relativa a la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial que planteaba regular unos Juzgados de Familia con sede en la capital de provincia integrados en la jurisdicción civil y con competencias en derecho de la persona (cf. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 84-1, de 11 de junio de 2004).

³¹ Esta proposición de ley fue publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B, Proposiciones de Ley, número 186-1, 18 de mayo de 2009.

Juzgados de Familia ya existentes y fomentar la creación de nuevos en aquellos territorios donde se constata su necesidad.

Por último, tampoco sería razonable plantear esta cuestión de una nueva jurisdicción en base a la intervención necesaria del Ministerio Fiscal, tal y como se hacía constar en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley Catalana. Recordemos cómo el Ministerio Fiscal interviene en el orden civil en numerosas ocasiones y, más concretamente, en los procesos matrimoniales participa cuando se trata de la nulidad matrimonial y en los demás procesos, cuando haya menores, incapacitados o alguno de los interesados se encuentre en situación de ausencia legal.

Por eso, aprovechando que estamos inmersos en los procesos de familia, en virtud de la importancia que le concedemos a esta materia al elegirla como tema de nuestro estudio y aunque sea otra la parcela que nos hemos propuesto abarcar, nos atrevemos a apoyar la improcedencia de crear un nuevo orden jurisdiccional para el derecho de familia cuando la normativa procedimental existente justifica ampliamente que se pueda aplicar a los asuntos de familia.

4. Marco normativo de los procesos de familia

El Derecho de familia desde siempre ha despertado gran interés, procurando contar con una legislación que ofrezca una amplia cobertura y sepa dar respuesta a las múltiples situaciones que se producen. Por eso, tanto el Estado español como la Iglesia Católica han procurado desarrollar un cuerpo normativo que contemple estas cuestiones, revelando así una adaptación continua a los nuevos tiempos.

Estas situaciones, que reclaman una cobertura jurídica a partir del reconocimiento del matrimonio legalmente constituido conforme a las normas de uno y otro ordenamiento se resuelven mediante la separación, el divorcio, la nulidad y la disolución. Si bien la separación y la nulidad se contemplan en ambos ordenamientos con características muy similares, el divorcio y la disolución presentan matices que separan claramente estas dos figuras, pues el sentido y la finalidad que los sustentan son completamente distintos.

Aunque ya hemos hecho alguna somera alusión al marco normativo que regula los procesos especiales a nivel civil y eclesiástico, vamos a situar con mayor precisión cuáles son las normas que contemplan y desarrollan estos procesos, considerando como

tales aquellas propiamente materiales o sustantivas y las que, siendo llamadas formales o adjetivas, conforman el engranaje procesal. De hecho, las normas procesales sirven de canal para posibilitar que se puedan cumplir las normas materiales y así, mientras que éstas son autónomas y tienen una finalidad propia, las normas procesales se subordinan, permitiendo la consecución de actos tendentes a garantizar la aplicación efectiva de aquéllas.

4.1. Los procesos matrimoniales en el orden civil

El fin común a todos estos procesos especiales en el ámbito civil es la declaración de un nuevo estado civil para los cónyuges y la regulación de las condiciones en la que quedan los hijos menores de edad, si los hubiere. Podemos decir que básicamente son tres las pretensiones en este tipo de procesos: matrimonial, económica y en relación a los hijos.

De la enumeración sucinta y concreta que establece el art. 748 de la LEC sobre la temática que pueden ser objeto de los procesos especiales, nos interesa únicamente la contenida en los apartados 3, 4 y 5, que se refiere a:

1. Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos.
2. Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores.
3. Los de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones procedentes de los Tribunales Eclesiásticos.

Realmente, la inclusión de este apartado en la LEC en 2000 supuso un gran avance y una superación de los anticuados presupuestos de la legislación anterior, pues para este tipo de procesos se remitía a otras normas externas a la LEC y se regían, por ejemplo, por el Código Civil, por aquellas que se encontraban diseminadas en la LEC de 1881 y por el RD de 27 de noviembre de 1872 en cuanto al procedimiento³². Posteriormente, la Ley 30/1981, de 7 de julio³³, *por la que se modifica la regulación del*

³² Cf. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, 5ª ed. Madrid, 2014, 5ª ed, p. 227.

³³ Esta ley, conocida como “Ley del divorcio”, aunque en un principio se presentó como adelantada para su tiempo, posteriormente fue criticada por su desfase, no encontrando mucho

matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, abre camino a la LEC del año 2000, que constituiría la reforma y ordenación procesal completa que se venía esperando³⁴. La regulación de este Código procesal y el Código Civil reformado por la ley 13/2005, de 1 de julio, fueron a su vez modificados por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Obviamente, como quedó demostrado con la actual legislación en materia procesal civil, el lugar más idóneo para el desarrollo de los procesos matrimoniales debe ser el cuerpo o código normativo que disponga cuestiones con una base común, refrendando y apoyando no sólo desde la teoría, sino también en la práctica, esa deseable unidad de sistema. Así, en la propia Exposición de Motivos de la LEC se constataba esta urgencia y la culminación positiva de la esperada ley: *“se trae así a la Ley procesal común, terminando con una situación deplorable, lo que en ella debe estar, pero hasta ahora se ha debido rastrear o incluso deducir de disposiciones superlativamente dispersas, oscuras y problemáticas”*³⁵.

Pero, sin duda alguna, lo que resultará más significativo en este tipo de procesos, regulados al amparo del Título I Libro IV de la LEC (arts. 769-781 LEC), serán las incorporaciones con carácter novedoso y específico que se acogieron en la nueva normativa respecto de la anterior Ley de 1881 en materia probatoria. Y esta anexión configura de manera singular el apartado referido a la prueba, permitiendo que se concedan facultades excepcionales al órgano jurisdiccional que lo diferencian del régimen común probático que contempla la LEC. Es aquí, pues, donde radica una de las claves procedimentales más peculiares en este tipo de procesos. Y, por tanto, éste será uno de los pilares elementales sobre los que sustentaremos nuestro estudio comparado, precisamente porque la actuación de oficio destacará como un mecanismo necesario, esencial y casi connatural a los procesos especiales.

Cuando en apartados anteriores expusimos la inevitable justificación constitucional para dotar a algunas materias protegidas por la Constitución de un procedimiento en parte privilegiado y singular, argumentábamos que ese carácter

sentido a que el divorcio viniera precedido por la separación y a que se tuvieran que determinar legalmente una serie de causas para promoverlo.

³⁴ Cf. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal... II*, o.c., p. 228.

³⁵ Exposición de Motivos, LEC 2000. XIX.2.

especial se atribuía a esta clase de procesos en base a la especial sensibilidad que reclamaba el tratamiento de materias que, por su vulnerabilidad, merecían ser particularmente custodiadas y preservadas. Pues bien, esta coherencia se va a constatar en el resto de actuaciones procesales a la hora de articular los presupuestos de estos procesos no dispositivos.

4.2. Los procesos matrimoniales en el ámbito canónico

Por su parte, en la legislación canónica los procesos matrimoniales reciben una atención distinta que, no obstante, también les permite sustanciarse por las normas generales del juicio contencioso aplicables a otro tipo de procesos. Así pues, dentro del Libro VII del CIC de 1983, en la Parte II, se suceden las disposiciones de los juicios contenciosos que dan paso a la parte dinámica del proceso, donde unas normas se aplicarán al juicio contencioso ordinario (cc. 1501-1655 CIC) y otras sólo al proceso contencioso oral (cc. 1656-1670 CIC).

Pero concretamente, en la Parte III del este mismo Libro VII, bajo la rúbrica “*De algunos procesos especiales*”, se dedican cuatro capítulos a los procesos matrimoniales, estableciéndose unas normas procedimentales que se apartan, en mayor o menor medida, de aquellas que regulan el procedimiento genérico al que pertenecen³⁶. Pero curiosamente, no todos los procesos especiales se regulan en este apartado, sino sólo algunos de ellos, pudiendo ser administrativos o judiciales y dentro de éstos, que respondan al modelo del proceso contencioso ordinario y otros al contencioso oral. De los ocho procesos que se regulan en esta parte del Código, cinco se van a referir al matrimonio.

Dentro de estos procesos matrimoniales especiales, cobra mayor importancia el de nulidad matrimonial, comprendidos en los cc. 1671-1691 CIC³⁷, quizá porque, además, es al que más se recurre en los Tribunales Eclesiásticos. Pero curiosamente, aún existen otras normas que complementan la normativa general y especial del Código, y que adquiere también el carácter de especial. Hablamos de la Instrucción *Dignitas Connubii*, de 25 de enero de 2005, del Pontificio Consejo para la Interpretación de los Textos Legislativos, que, además, contó con la colaboración de otros Dicasterios de la

³⁶ Comentario cc. 1671-1716, en: PROFESORES DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico*, Madrid, 2014, p. 938.

³⁷ Estos veinte cánones han sido reformados por el Motu Proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus* de 15 de agosto de 2015.

Curia Romana, como el Tribunal de la Rota Romana y el Tribunal de la Signatura Apostólica.

Esta Instrucción fue el resultado de aquella intención manifestada por el Santo Papa Juan Pablo II en el año 1998 en uno de sus Discursos al Tribunal de la Rota Romana³⁸, anunciando que pretendía crear una “*Comisión interdicasterial encargada de preparar un proyecto sobre el desarrollo de los procesos relativos a las causas matrimoniales*”. La contribución de esta Instrucción a los procesos matrimoniales ha sido muy relevante. A pesar de no ser una ley³⁹, la finalidad de esta instrucción es detallar el modo en que haya de cumplirse la ley y urgir a su observancia. El c. 34 del CIC0’83 advierte claramente que “*lo ordenado en las Instrucciones no deroga las leyes y carece de valor alguno lo que es incompatible con ellas*”.

Aunque se trata de una norma de desarrollo, “*su importancia es muy notable en la regulación de los procesos canónicos para la declaración de la nulidad matrimonial, en cuanto que reordena, aclara, desarrolla y, en algún caso, completa las normas codiciales a seguir en la tramitación de las causas de nulidad matrimonial*”⁴⁰. Es cierto que, estudiando la Instrucción DC, observamos que muchos de los artículos reproducen literalmente cánones del Código de Derecho Canónico y en otros casos, aún conservando una fidelidad textual, añade algún término que favorece la interpretación del canon. Pero también existen ejemplos en los que esta Instrucción llena pequeñas lagunas legales o introduce conceptos nuevos. En todo caso, esta Instrucción se une de manera cumulativa a la legislación codicial y se aplica concretamente a los procesos de nulidad matrimonial en el ámbito de competencia de los Tribunales diocesanos e interdiocesanos.

Pero, si aún hilamos más fino, en lo que respecta a las verdaderas razones que motivan la instrucción de un proceso de nulidad o de dispensa del matrimonio rato y no consumado o en *favorem fidei* en el ámbito canónico, encontraremos que la verdad se

³⁸ JUAN PABLO II. “Discurso a los prelados auditores del Tribunal de la Rota Romana de 17 de enero de 1998”, en: *AAS* 90 núm. 10 (1998) p. 784.

³⁹ Las Instrucciones no son leyes, sino actos que proceden de la potestad ejecutiva vicaria de la que gozan los Dicasterios de la Curia Romana. Además, a pesar de que no pueden derogar ninguno de los preceptos de la ley universal actual, por razón de la autoridad de la que gozan los Dicasterios son de obligado cumplimiento por parte de aquellos a quienes van dirigidas (Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *La Instrucción “Dignitas Connubii ... o.c.*, p.17).

⁴⁰ MORÁN BUSTOS, C.M. Y PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de matrimonio y proceso canónico*, Madrid, 2007, p. 27.

alza como el máximo exponente que lidera esta particular labor judicial. Al menos, por parte de la Iglesia Católica debe quedar suficientemente claro que la intervención de los órganos judiciales eclesiásticos proviene de una petición con fundamento, pero se encuentra supeditada a la búsqueda de la verdad, pese a que últimamente parece imponerse una tendencia por resolver situaciones irregulares y a conceder la libertad de estado para poder contraer nuevas nupcias.

No queremos decir, con esto, que los Tribunales Eclesiásticos estén actuando con permisividad, pasando por alto el *numero clausus* de supuestos o motivos por los que pueda concederse la nulidad una vez haya sido suficientemente probada⁴¹. Pero sí es cierto que en algunos sectores eclesiales, la lástima por los dramas que encarnan muchas experiencias de matrimonios rotos, termina forjando la idea y el convencimiento de que ese matrimonio es nulo, confundiendo así las dificultades acaecidas en la convivencia conyugal, muchas de ellas posiblemente graves, pero totalmente ajenas a la manifestación del consentimiento matrimonial que en su día fue prestado por los cónyuges de forma válida. Al respecto, destaca el discurso del Santo Padre Juan Pablo II de 18 de enero de 1990 dedicado a las relaciones entre Pastoral y Derecho, donde señalaba que, “*El juez (...) debe cuidarse siempre del peligro de una malentendida compasión que degeneraría en sentimentalismo, sólo aparentemente pastoral*”⁴². Esta apostilla dota al sistema jurídico eclesial de seguridad y reprende aquellas conductas que pretendan soslayar la justicia instrumental y, por ende, la justicia sustancial. Sólo así se puede avalar el derecho a un proceso justo y por tanto, cumplir con una de las exigencias del bien público de la Iglesia.

5. Características de los procesos matrimoniales

Los Procesos matrimoniales se caracterizan fundamentalmente por ser de cognición, especiales, de carácter inquisitivo, integrados en el Derecho de Familia y de efectos constitutivos o declarativos (en función del tipo de pretensión que se solicita),

⁴¹ Al menos, que se haya alcanzado la certeza moral que se exige a la hora de emitir la sentencia (Cf. c. 1608 CIC).

⁴² JUAN PABLO II. “Discurso a los oficiales y abogados del Tribunal de la Rota Romana de 18 de enero de 1990”, en: *AAS* 82, núm. 1 (1990) p. 875.

pues el pronunciamiento que se exige ante la jurisdicción civil se refiere a todo aquello que deriva de un conflicto o crisis matrimonial⁴³.

Como veremos más adelante, cada proceso matrimonial presenta su propio contenido a efectos identificadores y delimitadores del ámbito de decisión judicial⁴⁴, lo que conlleva que en base a los diferentes tipos de acción para canalizar la pretensión correspondiente, las partes actúen de una forma distinta en cada uno de los casos o que en función de la finalidad de cada proceso se acote el margen de las posibilidades de actuación.

A continuación desarrollaremos estas características constitutivas de los procesos de familia, que configuran su naturaleza peculiar, lo que nos ayudará sin duda a extraer desde este momento y manteniendo la dinámica comparativa de la normativa civil y canónica al respecto, todas aquellas conclusiones que sirvan para valorar de forma práctica, actual y efectiva el sistema procesal que da cobertura a estos procesos. Además, ha de tenerse en cuenta que si el derecho procesal en general no puede ser estático, mucho menos lo será para una materia que depende de la evolución de la sociedad, y concretamente, de las transformaciones a nivel político y social que terminan afectando al concepto mismo de familia, a los valores que configuran la forma de percibir el estado en que se encuentran los menores y las medidas diseñadas para proteger el interés del menor por parte del Estado⁴⁵.

5.1. Características esenciales y especiales de los procesos matrimoniales civiles

Al emplear el término “especial” cuando identificamos los procesos de familia, estamos diferenciándolo de lo que es común o se aplica, de forma ordinaria, a la generalidad de los casos. Por eso, cuando apelamos a una excepción, estamos reconociendo que existen clases de personas, bienes o relaciones jurídicas que por las peculiaridades que entrañan, no pueden regirse por la disciplina de la legislación

⁴³ Cf. TOMÉ PAULE, J. Y MÁRQUEZ CARRASCO, R., Procesos especiales y especialidades procesales en la nueva ley de enjuiciamiento civil, Madrid, 2001, p. 82.

⁴⁴ Cf. ASENSIO MELLADO, J.M^a., “Principios generales informadores de los procesos que afectan al estado civil de las personas”, en: *Revista de Estudios Jurídicos*, 9 (2009) p. 6.

⁴⁵ Cf. Ibidem, p. 2.

común, necesitando, por tanto, un desarrollo normativo adaptado a sus particulares circunstancias y por tanto, una regulación normativa específica.

Esta normativa a la que nos estamos refiriendo no implica que exista un vacío legal en el derecho especial, sino que, optando prioritariamente por acudir a las normas especiales para un supuesto concreto, el derecho común viene a suplir aquellas cuestiones que no estén recogidas en el derecho especial, quizá porque a pesar de sus peculiaridades, conserve puntos de encuentro con el derecho común y su remisión pretenda evitar así repeticiones inútiles e innecesarias.

La indisponibilidad del proceso es una de las características más resaltadas en este tipo de procesos y que va a tener consecuencias en materia probatoria, de ahí que constituya uno de los puntos de partida de nuestro estudio. Esta limitación del principio dispositivo guarda relación con la facultad para decidir sobre la continuación del procedimiento o la limitación del objeto durante la tramitación del mismo. Así pues, la regla general es que las partes gocen del poder de disposición que sólo puede ser restringido en virtud del art. 751 LEC, presentando dos clases de indisponibilidad: sobre el objeto del proceso y sobre el proceso mismo. Por tanto, en los procesos matrimoniales no rige el principio dispositivo o debe ser matizada su influencia en razón de un indiscutible interés público inherente a su objeto procesal.

Por otro lado, el que tengan el carácter de especial por reconocimiento expreso del legislador⁴⁶ es otra nota clave y características para este tipo de procesos. Así pues, la especialidad que se les atribuye ha sido determinada y querida expresamente por el legislador, que los ha incluido en un apartado independiente y ha establecido también

⁴⁶ En la Exposición de motivos de la LEC 2000, en el apartado XIX, aludiendo a este tipo de procesos se reconoce este carácter especial en base al interés público que suscitan. De ahí que sea esta la razón por la que el principio dispositivo y el de aportación de parte quedan un tanto mermados e intervenidos sin que tampoco esto suponga que se imponga el principio de oficialidad y de investigación de oficio. Por tanto, reconocemos claramente, siguiendo a la Jurisprudencia de nuestro país, concretamente la STS 30 de junio de 1988 (ROJ STS 5071/1988), cómo se trata de procesos bien podrían constituir un *tertium genus* entre el Derecho privado y público: *“Por lo que respecta a los procesos en que no rige el principio dispositivo o debe ser matizada su influencia en razón de un indiscutible interés público inherente al objeto procesal, la Ley no se limita a codificar, sino que, con pleno respeto a las reglas sustantivas, de las que el proceso ha de ser instrumental, diseña procedimientos sencillos y presta singular atención a los problemas reales mostrados por la experiencia. Destacables resultan las medidas cautelares específicas que se prevén y que, en aras de las ventajas prácticas de una regulación procesal agrupada y completa sobre estas materias, se insertan en estos procesos especiales, en vez de llevarlas, conforme a criterios sistemáticos tal vez teóricamente más perfectos, a la regulación general de tales medidas”*.

para ellos una regulación particular. Cabe señalar que, al ser el estado matrimonial una cuestión que afecta al estado civil de la persona, no sólo pertenece al interés privado de los cónyuges, constituye también un interés de naturaleza pública⁴⁷.

Dentro de esta especialidad de los procesos matrimoniales, en los artículos 769 a 778 LEC se recoge el sistema legal común de los procesos contenciosos en materia de nulidad matrimonial, separación y divorcio, de los consensuados en la separación y divorcio junto con las medidas provisionales que se pudieran adoptar antes o después de tramitar estos y también, de la eficacia civil de las resoluciones de los Tribunales Eclesiásticos⁴⁸. Estas normas contenidas en el capítulo IV se encuentran acompañadas, a su vez, por las que estos procesos matrimoniales comparten con otros procesos de Derecho de familia y que se recogen en los artículos 749 a 755 del Capítulo I, del Título I de la LEC sobre los siguientes aspectos⁴⁹:

a) Intervención del Ministerio Fiscal, pudiendo ser promotor de este tipo de procesos o actuando en defensa de alguna de las partes, de manera que garantice la legalidad y el interés público conforme establece el art. 749 LEC. En el ámbito civil se establece la presencia de esta figura con carácter preceptivo, entre otros, para la nulidad matrimonial y también en todos los demás procesos recogidos en el Título I del Libro IV cuando alguno de los interesados sea menor, incapacitado o se encuentre en situación de ausencia legal.

También, como veremos, la legislación canónica prevé una figura similar que para los procesos matrimoniales se denomina Defensor del Vínculo, quien actúa en los

⁴⁷ Esto se observa, particularmente, en la actuación del Secretario Judicial conforme establece el art. 753.1 LEC, debiendo realizar el emplazamiento no sólo a las personas que hayan sido demandadas expresamente sino a todas aquellas que deban ser parte en el procedimiento a pesar de que la demanda no esté dirigida contra ellas, todo ello en la base del interés público que suscitan estos procedimientos: *“Salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero el Secretario judicial dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente ley”*.

⁴⁸ Se considera al margen de este tratamiento las resoluciones canónicas procedentes del privilegio paulino o a favor de la fe. Por tanto, sólo las sentencias canónicas que concedan la nulidad tendrán una eficacia civil, además de las decisiones pontificas sobre matrimonio rato y no consumado.

⁴⁹ Cf. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal... II*, o.c., p. 228. Cf. DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II...*, o.c., p. 549.

procesos judiciales de nulidad matrimonial o en los procedimientos administrativos de *Super Rato* o *Favorem Fidei*.

En ambas legislaciones se aprecia una consideración similar hacia una figura que no llega a ser parte del proceso, pues conoce de los hechos alegados cuando recibe la demanda junto al resto de documentos que se presenten, sin que pueda ni siquiera manifestarse partidario de la versión sostenida por la parte actora o la parte demandada.

b) Intervención de Procurador y Abogado en representación y defensa de las partes, lo que resulta preceptivo para estas clases de procesos a tenor del art. 750 LEC.

c) Exclusión de la renuncia, allanamiento o transacción y el régimen especial de desistimiento en el caso de la nulidad matrimonial, que tiene que venir avalado por el Ministerio Fiscal (cf. art. 751 LEC)⁵⁰. En estos casos, por tanto, no se trata de un acto potestativo de las partes, sino que para el desistimiento se exige expresamente la conformidad del Ministerio Fiscal⁵¹.

d) La prueba y el régimen especial que impide la preclusión en la introducción de los hechos, la intervención de oficio en materia de prueba y el principio de libre valoración de la prueba. Así pues, estos procesos gozan de un manifiesto carácter inquisitivo que permite al juez intervenir en materia probatoria⁵². La Ley de Enjuiciamiento Civil permite al juzgador, dentro de su cometido, actuar de oficio para acordar aquellas pruebas que estime pertinentes, conforme al art. 752, 1 de la LEC, o aquellas que sean “*necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable*” (art. 770, 4 LEC).

⁵⁰ art. 751 LEC. Caben las excepciones recogidas en el apartado 2º de este mismo artículo, para los procesos de nulidad matrimonial por minoría de edad, cuando el cónyuge que contrajo matrimonio siendo menor ejercite, después de llegar a la mayoría de edad, la acción de nulidad. en los procesos de nulidad matrimonial por error, coacción o miedo grave y en los procesos de separación y divorcio.

⁵¹ art. 751 LEC. No obstante, el párrafo tercero de este artículo admite que sobre ciertas materias las partes puedan disponer libremente, como en el caso de la renuncia a la pensión compensatoria o indemnización según el art. 98 del Código Civil, que podrá ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento.

⁵² En este aspecto, queda reducido el principio de rogación o el principio dispositivo que rige en todo proceso civil.

En este aspecto, destaca la mayor intervención del juez en el proceso, pudiendo conceder más de aquello que las partes piden o enfocar su decisión en contra del acuerdo que hubieran suscrito los cónyuges si uno de ellos queda claramente perjudicado o el interés del menor no se encuentra protegido debidamente⁵³.

e) La sustanciación de los procesos según los trámites del juicio verbal con contestación escrita a la demanda, permitiendo que estemos ante una figura intermedia entre el juicio verbal y el juicio ordinario. Los Trámites vienen a ser, en la mayoría de los casos, más breves y se desarrollan con mayor rapidez, y aunque han de sustanciarse por los trámites del juicio verbal, para este tipo de procesos la Ley establece un juicio verbal con contestación escrita, como si se tratara de un híbrido entre el juicio verbal y el juicio ordinario⁵⁴.

f) Posibilidad de que se pueda limitar la publicidad de algunas actuaciones orales y escritas si así lo estima procedente el órgano juzgador.

g) Comunicación de oficio de las sentencias y otras resoluciones a los Registros Civiles para practicar los correspondientes asientos.

Por eso, en los procesos matrimoniales vamos a identificar quién puede interponer la acción ante el órgano jurisdiccional. Así pues, en el ámbito civil, para la acción de nulidad de matrimonio podrán intervenir, conforme al art. 73 CC, los cónyuges, el Ministerio Fiscal y cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella⁵⁵. Para el caso de la separación y el divorcio, la acción es exclusiva de los cónyuges y por tanto, son ellos quienes, unilateralmente o de mutuo acuerdo deben solicitar el reconocimiento de su voluntad expresa de suspender la convivencia conyugal o disolver el vínculo matrimonial.

La regulación de estas figuras procedimentales en la Ley de Enjuiciamiento Civil viene contemplada en las disposiciones generales del capítulo I del Título I Libro IV, que se aplican en general a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y

⁵³ art. 90 Código Civil; art. 777.7 LEC.

⁵⁴ Cf. De la Oliva Santos, A., Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II...*, o.c., p. 549.

⁵⁵ Conforme al art. 75 CC, en el caso de los menores, “*si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor sólo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal. Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla*”.

menores. El rasgo común a todos estos procesos es la naturaleza especial que todos poseen, de manera que esa peculiaridad permite que puedan recibir un tratamiento homogéneo en virtud de las características comunes que comparten.

5.2. Características esenciales y especiales de los procesos matrimoniales canónicos

Una de las características de los procesos matrimoniales, al igual que ocurre con esta materia en la jurisdicción civil, es que son *procesos especiales*. Concretamente, el proceso de nulidad matrimonial, el más frecuente y el que reviste carácter contradictorio, conserva gran parte de las características del proceso contencioso ordinario. La finalidad de este tipo de procesos es conocer la validez o no de un matrimonio canónico determinado⁵⁶ y para ello, se articula una normativa propia que le diferencia un tanto del proceso contencioso ordinario, que es supletorio de las normas matrimoniales especiales.

Según la legislación canónica, se consideran hábiles para impugnar el matrimonio los cónyuges y el promotor de justicia⁵⁷ cuando la nulidad se hubiera divulgado y no fuera posible o conveniente convalidar el matrimonio⁵⁸. Cabe recordar, sobre este punto, que resulta imprescindible la presencia del ministerio público cuando está en juego el bien público de la Iglesia y, por tanto, las causas matrimoniales se consideran susceptibles, por prescripción del Derecho, de esa tutela, pues son causas

⁵⁶ Para poder declarar la nulidad de un matrimonio no basta que exista, por ejemplo, la certeza moral de la nulidad de manera objetiva o que sea compartida por los dos cónyuges. Para que pueda autorizarse un segundo matrimonio y por ende verificar si el matrimonio existió o no es necesario acudir a un proceso de nulidad matrimonial, cuya sentencia de nulidad venga a reconocer la nulidad preexistente y no a “anular” el matrimonio, como vulgarmente se suele decir confundiendo los términos (Cf. ERRÁZURIZ, C.J., “Licitud moral de la presentación de la demanda de nulidad”, en: *Ius Canonicum*, 81 (2001) p. 176).

⁵⁷ La figura del Promotor de Justicia opera en aquellas causas contenciosas en que está implicado el bien público y para las causas penales. La constitución de esta figura se contempla con carácter imperativo en el c. 1430 del CIC, de manera que por su oficio, el Promotor de Justicia está obligado a velar por el bien público.

⁵⁸ Como nota particular, señalar que para los procesos matrimoniales, existe la figura del Defensor del Vínculo, considerado ministro del Tribunal nombrado por el Obispo. Su cometido es velar por el vínculo matrimonial desde una función propiamente de defensa y nunca de acusación. Por tanto, debe promover la defensa del matrimonio y aducir aquellos argumentos favorables a la validez del mismo (cf. comentario c. 1432, en: PROFESORES DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico...o.c.*, p. 844.).

que afectan al bien público por la forma pública en la que se constituye el matrimonio⁵⁹, por la sacramentalidad que reviste la unión y los testigos que acompañan la celebración así como por los efectos que tiene en la sociedad eclesial, no sólo por el contenido teológico de la unión conyugal sino también por la cobertura jurídica que custodia y defiende la indisolubilidad de la unión.

Por tanto, el proceso de nulidad matrimonial en el aspecto procesal se diferencia del proceso contencioso ordinario porque tiene una figura especial que ejerce funciones públicas en el mismo: la defensa del vínculo matrimonial como función procesal específica. El que sea necesaria su presencia de oficio en las causas de nulidad de matrimonio se debe a que en estas causas entra en juego el bien público, y así, este bien ha de ser protegido por la figura del *Defensor del vínculo* y por la presencia, en aquellas causas en las que se decida constituirlo, del *Promotor de Justicia* a tenor de lo que dispone el c. 1430 CIC. A pesar de que ambos cargos puedan ser desempeñados por un solo sujeto siempre y cuando no lo sea para una misma causa (cf. c. 1436 §1 CIC), y a pesar de que los dos se dirigen a proteger el bien público dentro de la Iglesia, al promotor de justicia se le asigna la defensa del bien público eclesiástico con carácter general y al defensor del vínculo se le asigna con una tarea más particular⁶⁰. Incluso, como diferencia entre ambas figuras encontramos también que el defensor del vínculo debe participar en cada causa concreta de forma obligatoria, mientras que el promotor de justicia está sujeto a que se den una serie de circunstancias que dispongan su participación activa⁶¹.

Por otro lado, destaca y se observa en este tipo de procesos el *principio inquisitivo* en la actuación del juez, y esto viene no sólo aconsejado sino positivizado como un deber todo ello dirigido a la búsqueda de la verdad en las causas que afectan al

⁵⁹ El matrimonio, pues, no es un asunto privado entre los cónyuges, sino que su consentimiento supone un compromiso que no deja indiferente a la Iglesia, que debe velar por su perdurabilidad en el tiempo. La institución que surge a partir de las nupcias se consolida en la creación de un nuevo núcleo familiar que tampoco aquí va a dejar indiferente a la sociedad civil, que regulará las relaciones entre sus miembros y los efectos derivados de ellas, y que, llegado el caso de que sea impugnado el matrimonio ante la jurisdicción civil, se puede traducir además en pretensiones de orden económico y filial.

⁶⁰ Cf. MORÁN BUSTOS, C.M. Y PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de Matrimonio...* o.c., p. 132-133.

⁶¹ Concretamente, para los procesos matrimoniales, estas circunstancias que posibilitan la intervención del Promotor de Justicia se refieren, dentro del proceso de nulidad matrimonial, cuando “*la nulidad ya se ha divulgado si no es posible o conveniente convalidar el matrimonio*” (cf. c. 1674, § 1 CIC).

bien público. No obstante, debe señalarse que, aunque al inicio del proceso rige el principio de justicia rogada (cf. c. 1501 y 1674 CIC), posteriormente el c. 1452 § 1 CIC y art. 71 de la Instrucción *Dignitas Connubii*, al contener expresamente esta mención en este tipo de causas considerando que “*el juez puede, e incluso debe, proceder de oficio*”, le permite a éste un gran abanico de posibilidades, acogiendo con mayor amplitud el principio inquisitivo o de investigación oficial⁶². Este poder, además, se encuentra complementado por la facultad de intervenir a la hora de “*suplir la negligencia de las partes en la presentación de pruebas o al oponer excepciones, siempre que lo considere necesario para evitar una sentencia gravemente injusta*”. Ciertamente, este principio inquisitivo⁶³ se ha de entender como una potestad o facultad que el juez decide si ejercerla o no, si bien queda condicionado a favor de intervenir si se deduce una intervención imprescindible para asegurar una decisión final justa⁶⁴. No obstante, en todo momento debe operar la prudencia para no extralimitarse de sus funciones judiciales y buscar el justo equilibrio.

También, en cuanto a la postulación procesal, estos procesos presentan una diferencia respecto a los procesos matrimoniales civiles, pues no es preceptiva la intervención de abogado ni de procurador, salvo en el Tribunal Apostólico de la Rota Romana y en el Tribunal de la Rota Española que sí se requiere. Así lo recoge la disposición del c. 1481 §1 CIC, donde se admite que, pudiendo la parte designar libremente su abogado y procurador, pueda “*también demandar y contestar personalmente, a no ser que el juez considere necesaria la ayuda del procurador o del abogado*”. Y concretamente, para las causas matrimoniales, a pesar de ser un asunto en que está en juego el bien público, no contempla esa necesidad de que la parte se encuentre asistida por un abogado: “*en el juicio contencioso, si se trata de menores o de un juicio en el que entra en juego el bien público, con excepción de las causas*

⁶² Cf. DELLA ROCA, F., “Uno sguardo al nuovo codice di Diritto Canonico in materia processuale”, en: *Giustizia e servizio. Studi sul nuovo codice di Diritto Canonico in onore di Mons. Giuseppe de Rosa*, Napoli, 1984, p. 149.

⁶³ Cf. GILABERT GARCÍA, M.P., “El principio inquisitivo en Derecho Canónico”, en: *Excerpta e dissertationibus in iure canonico*. IV, 1986, Pamplona, 1987, p. 423.

⁶⁴ Esta facultad atribuida al juez en base al principio inquisitivo y dispositivo en el ordenamiento canónico para las causas sobre el bien público viene a situarse en paridad con otros ordenamientos jurídicos civiles, que han previsto estos principios por las mismas razones. No obstante, cabe señalar que sobre esta cuestión son diversas las opiniones doctrinales, pues ven en ello una amenaza de la necesaria imparcialidad del juez (cf. Comentario c. 1452, en: PROFESORES DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico...o.c.*, p. 762-763).

matrimoniales, el juez ha de designar de oficio un defensor a la parte que no lo tiene” (cf. c. 1481 §3 CIC).

No obstante, cada vez se constata más la conveniencia de que las partes acudan a los tribunales provistas de la representación y asistencia jurídica de estos profesionales, de manera que vean su derecho más amparado al someterlo a la dirección técnica de especialistas en la materia. De hecho, la Instrucción *Dignitas Connubii* reconoce que, pese a que las partes se pueden defender personalmente, “*el tribunal tiene la obligación de proveer a que ambos cónyuges puedan defender sus derechos con ayuda de una persona competente, sobre todo si se trata de causas de especial dificultad*” (art. 101 Instrucción DC). Incluso el párrafo 2 del mismo artículo alude a la posibilidad de que el propio juez supla la inactividad de la parte para nombrar un procurador o un abogado, cuando las circunstancias así lo aconsejen, nombrándolos él mismo hasta que la parte pueda designar a otros.

Junto a esto, destaca en el ordenamiento canónico la peculiaridad de que se permite que una misma persona pueda desempeñar el oficio de abogado y procurador, algo que está prohibido expresamente en el ordenamiento procesal civil: “*Es incompatible el ejercicio simultáneo de las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales*”⁶⁵. De hecho, ésta es la práctica habitual que encontramos en los Tribunales Eclesiásticos, si bien es verdad que algunos de ellos, sobre todo aquellos que ejercen en segunda Instancia, exigen que el abogado y el procurador sean personas diferentes y así lo hacen constar en el Reglamento Interno del propio Tribunal.

Por otro lado, en relación a la publicidad de las actuaciones, está limitada en cuanto se permite al juez que se reserve ciertos actos y documentos en las causas que afectan al bien público, de modo que “*para evitar peligros gravísimos, pueda decretar que algún acto no sea manifestado a nadie, teniendo cuidado de que siempre quede a salvo el derecho de defensa*” (c. 1598 §1 CIC)

Cabe señalar, además, que tal y como están concebidos estos procesos en el orden canónico y, en virtud de los acuerdos de cooperación entre la Iglesia Católica y el Estado Español, las resoluciones en este tipo de causas poseen eficacia civil. Aunque se trata de un tipo de proceso especial, sin embargo, es el más habitual en la vida de la

⁶⁵ Cf. art. 23.3 LEC.

Iglesia y a la resolución que emana del mismo se le reconoce efectos civiles⁶⁶ en España conforme establecía el art. 954 de la LEC anterior y que aún hoy sigue vigente por la Disposición derogatoria única, excepción tercera⁶⁷.

En el punto siguiente analizaremos, concretamente, el objeto o la pretensión en los procesos matrimoniales desde la peculiaridad de ambos ordenamientos, civil y canónico, centrándonos en la pretensión matrimonial, que es la que nos permitirá establecer un diálogo en clave comparativa entre estos dos ordenamientos.

6. El objeto de los procesos matrimoniales

Cuando hablamos de objeto en términos jurídicos nos estamos refiriendo al contenido de un acto o negocio jurídico, aquello sobre lo que versa o trata una acción, proceso u operación. Es, por tanto, aquello que se pide y se espera obtener a través del correspondiente pronunciamiento del juez.

Una pretensión supone, pues, una aspiración o propósito para conseguir algo, si bien, jurídicamente, la pretensión supone el fundamento de la acción, donde se materializa el derecho que la parte interviniente en un juicio reclama para que le sea reconocido o amparado⁶⁸. De ahí que podamos llegar a la conclusión de que la

⁶⁶ Se ha alertado del problema que podría plantear –aun siendo bastante infrecuente que ocurra– que en ámbito canónico quede revocada una sentencia de nulidad que en este caso declare la validez del matrimonio, puesto que las causas sobre el estado de las personas nunca pasan a cosa juzgada, teniendo en cuenta que la verdad siempre prevalece sobre la seguridad jurídica. Algunos autores han sostenido que será difícil que se pueda romper con el principio de cosa juzgada civil, y por lo tanto la nueva resolución canónica no podría tener eficacia civil (Cf. VILALTA NICUESA, A. E., *Procesos matrimoniales y familiares. Comentarios, formularios, legislación y jurisprudencia en materia procesal matrimonial y uniones estables de pareja*, Barcelona, 2001, p. 428).

⁶⁷ “Los artículos 951 a 958, sobre eficacia en España de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, que estarán en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil”. Estos artículos han sido derogados por el número 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 29/2015, de 30 de Julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil.

⁶⁸ Sobre esta cuestión citamos las obras de varios autores procesalistas cuya lectura ha servido para sustentar la base de nuestra reflexión. Cf. SANTOS, A., ET AL. *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001; Cf., J.-ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil. Introducción, parte general y procesos declarativos y de ejecución ordinarios*, T. I, 5ª ed, Madrid, 2001, pp. 231-259; Cf. BERZOSA FRANCOS, Mª V., *Demanda, “causa petendi” y objeto del proceso*, Córdoba, 1984; Cf. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *El objeto del proceso civil*, Madrid, 1996, 179-193; Cf. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Los procesos declarativos*, Madrid, 2000, pp. 17-65.

pretensión adopta la forma que le corresponde en la acción y configura aquello que se convierte, de por sí, en el objeto del proceso.

En el proceso matrimonial esta pretensión puede sostenerse con o sin contradicción procesal, dependiendo si lo solicitan los dos cónyuges de mutuo acuerdo, o uno de ellos con el consentimiento del otro o si, por el contrario, ambos cónyuges sostienen posturas totalmente enfrentadas y opuestas entre sí. En todas y cada una de estas hipótesis se revela la intención de conseguir del órgano jurisdiccional una declaración constitutiva de un nuevo estado civil o personal que regule, a su vez, y cuando así lo exijan las circunstancias, todo aquello que pueda atañer a los hijos habidos en el matrimonio.

Esta fundamentación jurídica de lo que integra el objeto formal del proceso matrimonial es común al proceso civil y canónico, si bien, la diferencia la encontraremos en la finalidad inmediata del proceso. En el proceso canónico no constituye el punto de partida aquello que las partes deseen obtener para beneficiar sus intereses particulares. Aunque la acción sea un elemento que dependa mayoritariamente de los sujetos que crean poseer un interés legítimo, el resultado no va a encaminarse hacia la satisfacción de su deseo, sino hacia el descubrimiento de la verdad objetiva. De hecho, la actividad probatoria –que en el proceso va a jugar un papel ciertamente decisivo– contribuye a alcanzar esa finalidad inmediata que se pretende con el proceso, que es crear la certeza subjetiva sobre la verdad objetiva, siendo además, su finalidad mediata, ayudar a que la certeza subjetiva se corresponda con la verdad objetiva.

La pretensión que se defiende y eleva ante el órgano jurisdiccional en este tipo de procesos puede pertenecer a diversos grupos de clasificación, pudiendo ser mero-declarativa, constitutiva y de condena⁶⁹, y deriva de la crisis de la relación matrimonial, según viene regulado en el Código Civil y en virtud de la nueva definición de matrimonio como “*la unión estable entre una pareja del mismo o diferente sexo*” (art. 44.2 CC). El vínculo matrimonial comporta un “*conjunto de derechos y obligaciones que conforman el entramado de la relación matrimonial*”, de manera que cuando éste se

⁶⁹ En el orden civil tiene cabida cada una de estas pretensiones, pero no ocurre lo mismo en el orden eclesiástico. De hecho, en el caso de los Tribunales de la Iglesia Católica, las decisiones sobre nulidad matrimonial son declarativas de un hecho y las de disolución del vínculo constitutivas, al otorgar una dispensa para considerar disuelto un vínculo válido. Pero en ningún caso hay un pronunciamiento de imposición de una obligación.

rompe, se originan pretensiones y medidas diferentes que se clasifican, según su tratamiento procesal, en los siguientes grupos⁷⁰:

- a) Son objeto del Capítulo IV del Título I de la LEC las demandas de separación, divorcio o nulidad matrimonial, así como las que, presentadas al amparo de lo que establece el Título IV del Libro I del CC engloban las distintas peticiones de los cónyuges para cada artículo que comprende este título⁷¹.
- b) La petición de medidas provisionales, según los arts. 102 y 103 del Código Civil constituyen también el objeto de estos procesos matrimoniales, pudiendo realizarse antes de iniciar el proceso matrimonial o junto con la demanda principal además de existir la posibilidad de que estas medidas se conviertan en definitivas en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial en cuestión (cf. arts. 771-776 LEC).
- c) Por último, se trata de las demandas para solicitar la eficacia civil de las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, conforme al art. 778 LEC.

Toda pretensión evoca la intención de solicitar el reconocimiento de un derecho, y como tal, se traduce en la acción, como vehículo que actualiza un derecho de naturaleza propiamente subjetiva en un derecho de naturaleza exclusivamente procesal. Así pues, para que se pueda reconocer un derecho subjetivo garantizado por una ley material o sustantiva es necesario que exista un derecho formal o procesal que pueda canalizar el derecho de acción.

Por eso, el proceso matrimonial vendría a definirse como el instrumento determinado por la ley al objeto de resolver por decisión judicial todo aquello que se encuentre relacionado con el estado civil de las personas y todas aquellas situaciones que tengan una clara repercusión civil creadas a partir de esa unión. Por tanto, el tiempo que transcurre en esta convivencia desde que el matrimonio se constituye y los nuevos miembros que se incorporan a ella por el nacimiento posterior van a legitimar que se

⁷⁰ Cf. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal... II*, o.c., p. 233.

⁷¹ Al respecto cabe señalar que la LEC viene a regular estos procesos en el art. 770 LEC para el proceso contencioso de nulidad, separación y divorcio remitiéndose al juicio verbal con contestación por escrito y en el art. 777 LEC para el proceso voluntario de divorcio y separación, cuando los dos cónyuges lo solicitan de mutuo acuerdo o uno de ellos con el consentimiento del otro.

acuda al órgano jurisdiccional para poder defender los intereses de los cónyuges y, en su caso, de los menores que hubiere.

Por tanto, podemos plantear que exista en el proceso civil una acumulación de acciones *ex lege*, dado que la decisión de separarse o de disolver un matrimonio lleva implícito que se regulen los efectos que derivan de la ruptura matrimonial, como a continuación veremos al desarrollar las tres clases de pretensiones que pueden acumularse. Así lo ha explicado Gómez Orbaneja al sostener que *“el derecho del proceso es un derecho de segundo grado y formal, es decir, que no se enfrenta directamente con las relaciones de la vida ni con el tráfico económico o social, sino que es un derecho que está para otro derecho (...) sólo porque está dado para ese derecho material el proceso viene determinado inderogablemente por una estructura y unos principios que lo configuran”*⁷². Por eso el proceso matrimonial, como una garantía para las partes en orden a resolver sobre su estado personal, da cobertura a otros derechos que vienen a decidirse por este mecanismo jurisdiccional y por medio de las pretensiones, se logra individualizar cada una de ellas para establecer así los límites dentro de los que debe operar el órgano judicial.

6.1. La acción matrimonial

Sin duda, es ésta la pretensión que otorga pleno sentido al contenido del proceso matrimonial, siendo la acción principal, pues en un matrimonio puede o no haber descendencia, de manera que, de no existir hijos, cabría exclusivamente el planteamiento de esta acción.

En el art. 751 LEC se establece que la renuncia, el allanamiento y la transacción no tendrán efecto alguno en los procesos matrimoniales, quedando exceptuadas de esta regla sólo aquellas materias de las que los cónyuges puedan disponer libremente⁷³,

⁷² GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho y Proceso*, Madrid, 2009, p. 195.

⁷³ Así lo confirma una SAP de Castellón de 26 de Junio de 1993 (AC 1993/1886) al exponer en su FJ 2º que “sobre el estado matrimonial no cabe allanamiento, pero sí sobre las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial que puedan derivarse de las cuestiones matrimoniales, porque al revestir carácter privado no afectan al orden social ni al interés público”.

como son, conforme al Derecho sustantivo, las referentes a la disolución y liquidación de los regímenes matrimoniales y sobre la pensión compensatoria⁷⁴.

La pretensión en los procesos matrimoniales civiles puede ser de nulidad, divorcio o separación, mientras que en los procesos matrimoniales canónicos puede ser de nulidad y de separación (sin que a esta última se le reconozca efectos civiles).

Conforme la regulación actual de la nulidad civil del matrimonio, cuyas causas se recogen en el art. 73 CC⁷⁵, encontramos que la misma no tiene carácter dispositivo, aunque bien es verdad que se permite convalidar la causa de nulidad existente por la actuación de los cónyuges, como podría ocurrir en el matrimonio celebrado por un menor de edad, cuando se hubiera fundado la causa en error, coacción o miedo grave pudiendo ejercitar la acción de nulidad al alcanzar la mayoría de edad o cuando existiera un vicio de voluntad, el cónyuge que lo hubiera sufrido autoriza para que se convalide esa causa de nulidad tras haber convivido durante un año.

En relación al divorcio, en la actualidad reglado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que planteó la reforma del anterior art. 86 del Código Civil, se manifiesta claramente la potestad dispositiva de los cónyuges según lo expresa la redacción actual del art. 86: *“Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento el otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”*. Este artículo 81, partiendo del divorcio consensuado o de mutuo acuerdo, tan sólo exige que hayan transcurrido tres meses desde que el matrimonio se celebró⁷⁶ y que se adjunte a la demanda una propuesta de convenio regulador según establece, respecto a su contenido, el art. 92 CC.

⁷⁴ Cf. Díez-PICAZO JIMÉNEZ, I. Derecho Procesal Civil: Ejecución forzosa. Procesos especiales. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, Madrid, 2005, p. 413.

⁷⁵ El precepto del art. 73 CC viene complementado por otras disposiciones de la misma normativa, como los arts. 74 75, 76 y 78 CC presentes en el mismo capítulo además de los arts. 48.2 y 53 CC recogidos en el mismo título. Junto a esta regulación sustantiva, en relación al procedimiento particular de la nulidad, encontramos los artículos 769 al 778 de la LEC (Cf. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D., Y HERNÁNDEZ GIL, F., *Lecciones de Derecho de Familia*, 2ª ed., Madrid, 2007, pp. 190-191).

⁷⁶ Al respecto existe una excepción, no exigiendo que se constate este plazo cuando quede suficientemente acreditado que existe un riesgo para la vida, la integridad física, moral, la libertad o indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

Sobre la separación, tal y como está planteada actualmente, revela la plena disposición de las partes sobre esta materia. Si comparamos la normativa vigente con la anterior redacción del art. 92 CC, nos percatamos de que la sentencia de separación servía ya de prueba para solicitar el divorcio, pues se exigía como causa de divorcio tanto la separación de hecho como la separación legal. Hoy en día, por tanto, se puede conseguir extraprocesalmente ese efecto, de manera que manifestando la parte demandada su conformidad con esta pretensión, el órgano jurisdiccional queda vinculado de la misma manera.

Así pues, separación y divorcio son dos pretensiones no idénticas desde el punto de vista de sus efectos ni tampoco en la voluntad que mueve la solicitud, aunque la causa por la que se pide puede dar lugar a confusión dado que prácticamente es la misma⁷⁷. En todo caso existe una diferencia en lo relativo a la concreta petición, de manera que la vinculación judicial a la petición deberá quedar concretada a lo que se solicite estrictamente. De este modo, una vez que se pida la separación el Tribunal no puede promover el divorcio de oficio ni a la inversa, como tampoco podrá modificar medidas no dispositivas si no han sido solicitadas de manera expresa por las partes interesadas.

Antes de cerrar este apartado, corresponde concretar ante qué clase de pretensión nos encontramos en la acción matrimonial. En páginas anteriores de nuestra investigación hemos mencionado el carácter declarativo y constitutivo que podían tener los procesos. Pues bien, entendemos que es necesario diferenciar estos tipos de

⁷⁷ Las causas que justifican la petición en la separación y el divorcio vienen a ser las mismas y sobre su base se puede solicitar el efecto jurídico de uno u otro. De hecho, esto lo podemos comprobar al reconocer cómo la redacción del art. 86 CC se remite en su totalidad a la del art. 81 CC: “*Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81*”. Estos requisitos se refieren a los que deben concurrir para que se pueda decretar judicialmente la separación, independientemente de la forma en que se ha celebrado el matrimonio: “*1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. 2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio*”.

pretensiones e identificarlos en cada proceso matrimonial concreto objeto de nuestro estudio.

En primer lugar, al referirnos a la pretensión declarativa, debemos mencionar el procedimiento establecido para reconocer que existe o no un determinado derecho subjetivo o una relación jurídica. Y aquí no se va a exigir que una parte deba actuar tras el pronunciamiento judicial a favor de la otra parte, sino que sólo cabe el sometimiento y la aceptación de dicha resolución⁷⁸ que a su vez producirá efectos *erga omnes*, es decir, que el estado que se ha declarado debe ser reconocido por la sociedad en general.

Nos encontramos, además, con una sentencia que produce efectos *ex tunc*, o dicho de otro modo, desde el mismo momento en que ese derecho o relación jurídica se originó, lo que ocasiona que también los efectos derivados del acto que se declara nulo queden suprimidos de la misma manera.

Ahora bien, es necesario aclarar que el efecto *erga omnes* se considera que es absoluto y no admite excepción alguna, pero en el caso del efecto *ex tunc* no ocurre lo mismo, pues siguiendo el régimen especial de los procesos matrimoniales y la necesidad de proteger diversos intereses, el art. 79 CC previene cualquier actuación motivada por mala fe disponiendo que “*la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe*”. Por tanto, las obligaciones naturales de una unión que ahora se declara nula se mantienen intactas y no se extinguen ni en relación a su reconocimiento ni en lo que al deber de cumplir con ellas se refiere.

En segundo lugar, siguiendo con la identificación de las pretensiones puramente matrimoniales, encontraríamos una segunda clasificación como constitutivas, siendo éstas a través de las cuales se pide reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica, para lo que ineludiblemente se requiere la intervención judicial. No bastaría, por tanto, la voluntad y el deseo de mutuo acuerdo de las partes. Hablamos, pues, de la separación y el divorcio que integran estos elementos en la medida que supone una

⁷⁸ El art. 222.3 LEC, al referirse a que “*la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley*” también hace alusión, de manera concreta, a “*las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad*”, reconociendo que en estos casos “*la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil*”.

modificación o extinción de la situación jurídica matrimonial que no puede hacerse mediando sólo la voluntad de los cónyuges, sino legalmente para que puedan operar los efectos respecto de los hijos o de terceros. Ciertamente, los cónyuges pueden separarse sin acudir al órgano jurisdiccional competente, pero esta separación sería de hecho y no tendría valor alguno en la sociedad.

A diferencia de lo que ocurre con la nulidad matrimonial, donde los efectos se retrotraen al momento en que se constituyó el matrimonio, en el caso de la separación y el divorcio se producen unos efectos *ex nunc*, desde el momento en que la sentencia se torna firme, lo que implica que todo lo ocurrido durante el matrimonio es válido y se tiene por existente a todos los efectos.

Por otro lado, la acción matrimonial en el proceso canónico abarca la declaración de nulidad del matrimonio, la disolución del matrimonio por dispensa concedida por el Romano Pontífice en aquellos supuestos en los que es posible y la separación de los cónyuges.

En relación a la nulidad matrimonial canónica, se trata de una resolución declarativa, en tanto viene a reconocer que aunque aparentemente el matrimonio parecía tener validez, nunca existió porque al momento de contraer existió un vicio jurídicamente relevante. Sin embargo, la disolución es un acto constitutivo mediante el cual se produce la ruptura del vínculo que se considera válido. Esto sólo es posible en casos muy concretos, como ocurre en el caso de un matrimonio no sacramental (disolución *in favorem fidei*) o de un matrimonio, sacramental o no, que aun celebrado válidamente no fue consumado (disolución *super rato*).

6.2. Las acciones en relación con los hijos

Antes de desarrollar esta segunda pretensión, debemos aclarar que los hijos no son parte en el proceso pero sí destinatarios de las medidas dictadas en favor de ellos en todo lo que se refiere al régimen de guardia y custodia y los alimentos a percibir. Pero, precisamente, es ésta la razón que faculta la intervención del Ministerio Fiscal como su representante en el proceso matrimonial cuando estos son menores pues las partes no pueden disponer de sus derechos. Y cualquier alegación hecha por los cónyuges y que guarde relación con los hijos no tendrá por qué ser vinculante para el órgano jurisdiccional, pues tienen el carácter de terceros y no les puede afectar aquellos actos dispuestos por sus progenitores. Así, por ejemplo, si en el convenio regulador el juez

detecta que alguno de los términos del acuerdo se considera dañoso para los hijos, deberá rechazarlo conforme estipula el art. 90.2 CC.

Por tanto, en los procesos civiles de nulidad, separación judicial o divorcio, si existieran hijos menores sometidos a la potestad de ambos progenitores, se debe decidir sobre los siguientes aspectos:

- Cuál es el cónyuge con el que deban convivir los hijos y cuál es el régimen de visitas adoptado, así como la estancia y comunicación con el padre o la madre con quien no convivieran.
- Cómo se debe ejercer la potestad de los hijos.
- Cómo se ha de determinar la cantidad que deba satisfacer el padre o la madre en concepto de pensión alimenticia para los hijos, la periodicidad de la misma y la forma de pago.
- Cómo se debe actualizar la pensión y con qué garantías se cuenta para poder asegurar la efectividad del pago.

En caso de que los hijos fueran ya mayores de edad pero no tuvieran ingresos y continuaran conviviendo con uno de los progenitores, se deberá igualmente establecer una cantidad por los alimentos.

En lo que a los procesos matrimoniales canónicos se refiere, no existe ninguna pretensión en relación a los hijos⁷⁹.

6.3. Las acciones económicas entre los cónyuges

Por último, entre esos otros aspectos adyacentes a la acción matrimonial encontramos aquellas de naturaleza económica refiriéndose al reparto de los bienes que fueran de titularidad ganancial o a la atribución de aquellos que fueran privativos y que hasta el momento hubieran servido para sobrellevar las cargas familiares. Se trata, pues, de resolver todo aquello relacionado con la vivienda y el ajuar familiar además de otras residencias, sobre lo que cada cónyuge contribuye a las cargas del matrimonio y alimentos y sobre las pensiones y compensaciones que además deben satisfacerse a uno

⁷⁹ Sólo existe esta posibilidad en el Líbano, donde los Tribunales religiosos y no los Estatales deciden sobre estas materias (Cf. RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “Estatuto Personal y Rota Romana”, en: *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 29 (2013) p. 545).

de los cónyuges⁸⁰. Se disuelve, por tanto, el régimen económico conyugal y se procede a liquidarlo sin más.

En este supuesto, el juez debe oír a las partes para valorar el perjuicio que pudiera ocasionar la distribución de los bienes pactada para alguno de los cónyuges. De ahí que reconozcamos el poder de disposición que las partes tienen sobre esta pretensión económica y que, por lo tanto, el órgano jurisdiccional pueda quedar vinculado por lo aducido por parte de los interesados⁸¹.

Esta pretensión no tiene lugar en los procesos matrimoniales canónicos.

7. La prueba en los procesos matrimoniales

Dentro de las bondades que se le atribuyen a la LEC, destaca sin duda que en materia de regulación de la actividad probatoria se haya producido una unificación frente a la dispersión normativa que existía en la LEC anterior de 1881 y el Código Civil. Además, se ha de alabar la incardinación de las normas sobre la prueba en sede de las disposiciones generales de la actividad jurisdiccional declarativa, pues en la anterior legislación había que situarlo en el marco de un procedimiento determinado, como era el del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía⁸².

A nivel general, al amparo del art. 281 LEC, se define el objeto de la prueba como aquellos *“hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso”*. Pero el profesor De la Oliva matiza esta denominación indicando que sería más exacto decir *“que la actividad probatoria versa sobre afirmaciones de hechos o afirmaciones fácticas. Es la certeza positiva o negativa de éstas –y no directamente de los hechos– lo que se persigue obtener con la actividad probatoria”*⁸³.

⁸⁰ Cf. SOSPEDRA NAVAS, F.J. *Los procesos de familia*, Madrid, 2006, p. 90.

⁸¹ Encontramos sobre este punto algunas sentencias del Tribunal Supremo que refrendan esa capacidad vinculante de los acuerdos de las partes sobre cuestiones de índole económica en el marco de los procesos matrimoniales, como las SSTS 325/1997, de 22 de abril (ROJ STS 2817/1997) y de 12 de febrero de 1991 (ROJ STS 780/1991).

⁸² Cf. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Cuestiones de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 61.

⁸³ De la Oliva Santos, A., Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II...*, o.c., p. 120.

Ahora bien, en conformidad con los arts. 281.3 y 281.4 de la LEC, los hechos sobre los que haya plena conformidad de las partes se considerarán exentos por razones obvias a excepción de los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de las partes y aquellos “*hechos que gocen de notoriedad absoluta y general*”⁸⁴. Por este motivo, resulta evidente que, como establece el art. 752.2 LEC al referirse a los procesos de familia, al tratar en ellos materias no dispositivas, el Tribunal no quedará vinculado de manera alguna por la posible conformidad que las partes pudieran alcanzar sobre los hechos discutidos. Sin embargo, también admite más adelante la excepción, en el apartado 4º del mismo artículo, de excluir la aplicación a las especialidades mencionadas en caso de que las pretensiones que se formulen en estos procesos tengan por objeto materias sobre las que las partes pueden disponer libremente según la legislación civil aplicable⁸⁵.

Precisamente, de la indisponibilidad del proceso en estos procesos de naturaleza especial se derivan consecuencias probatorias que merecen ser resaltadas, por un lado, en relación a la indisponibilidad sobre el objeto del proceso y por otro, sobre la indisponibilidad del proceso mismo. Existen determinadas pretensiones que pueden tener por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, como ocurre con las pensiones compensatorias (art. 98 CC) o indemnizaciones de cualquier clase (art. 1438 CC). Por tanto, se considera esta una excepción a lo que viene contemplándose en el título dedicado a los procesos no dispositivos, como son los procesos matrimoniales.

Sobre la indisponibilidad del proceso, esta limitación se refiere a la necesaria conformidad requerida para el desistimiento por parte del Ministerio Fiscal, exceptuando las siguientes situaciones:

- a) En los procesos de nulidad matrimonial por minoría de edad, cuando una vez alcanzada la mayoría de edad, el cónyuge que contrajo matrimonio siendo menor ejercite la acción de nulidad.

⁸⁴ Cf. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Cuestiones de familia...* o.c., p. 61

⁸⁵ Por ejemplo, pensemos en el supuesto más repetido de la pensión compensatoria en los procesos de separación o divorcio. Como tal, esta pensión se encuentra sujeta al principio de rogación, y por tanto, las partes pueden renunciar a ella o aceptar una compensación por importe inferior sin que el Tribunal pueda interferir o anular los efectos del acuerdo adoptado entre las partes en cuestión.

- b) En los procesos de nulidad matrimonial por los capítulos de error, coacción o miedo grave.
- c) En los procesos de separación y divorcio.
- d) Y todas aquellas materias sobre las que las partes puedan disponer según lo establecido en la legislación vigente y aplicable en ese momento.

Por tanto, las consecuencias que derivan de esta indisponibilidad en materia probatoria deben ser destacadas y analizadas separadamente, para introducir así la especialidad que corresponda, concretamente, en materia de prueba pericial.

Así pues, la configuración de la prueba en los procesos matrimoniales civiles parte de la regulación del art. 752 LEC, donde se pone de manifiesto que las especialidades sólo serán aplicables a materias no disponibles por las partes, debiendo regirse por las normas generales en materia probatoria aquellas cuestiones consideradas de libre disposición conforme el apartado 4º del art. 752 LEC. Por tanto, esas especialidades se concretan de la siguiente manera:

En relación a las facultades instructorias, ya hemos enunciado en páginas anteriores la autoridad que se reconoce al Tribunal para que decrete, de oficio, las pruebas que estime pertinentes conforme reza el art. 752.1 LEC. De esta manera, se admite la proposición de pruebas de oficio sin que se indique el momento procesal concreto en que se acuerde su práctica y, por tanto, se constata que el Tribunal no sólo pueda instar a las partes en la vista sino que pueda utilizar el momento de las diligencias finales conforme al art. 435 LEC: *“sólo a instancia de parte podrá el Tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba”*. Ahora bien, nos encontramos con un inconveniente si reparamos en el hecho de que las diligencias finales no están previstas para el juicio verbal.

En segundo lugar, se advierte que los hechos objeto de debate podrán ser introducidos en cualquier momento del proceso, por lo que no regirá, en este caso, la preclusión. Cuando se habla de preclusión procesal se está aludiendo a la pérdida o extinción de una facultad o potestad procesal, conforme establece el art. 136 LEC: *“Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate”*. Salvando la regla general, observamos que el margen otorgado para la proposición y práctica de la prueba en los procesos matrimoniales es bastante

amplio, de modo que la misma puede alegarse o introducirse en el proceso ya sea en la demanda, en la vista, antes de ella o después⁸⁶. Así lo recoge el párrafo 1º del art. 752 LEC cuando admite que los procesos se decidirán “*con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento*”⁸⁷. Se presupone de algún modo que la redacción de este precepto se refiere además a la posibilidad de introducir hechos nuevos como parte de las facultades instructoras del que juzga⁸⁸.

En tercer lugar, en relación al reconocimiento de hechos por las partes, aunque pueda darse la conformidad entre los cónyuges sobre los hechos en cuestión o se produzca el silencio o respuestas ambiguas y evasivas sobre los hechos que hayan sido alegados por la parte contraria, en ningún caso el órgano juzgador que conoce del asunto en primera instancia ni el Tribunal de segunda instancia quedará vinculado por estas posturas que adopten. Incluso tampoco se les aplican las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.

Aunque la presentación de los documentos públicos parezca conllevar una admisión indiscutible de su fuerza vinculante, debemos reparar en que estos hacen prueba de la fecha, la identidad de los que comparecen y de la realidad de lo que en ellos se manifiesta, pero no por eso se puede apreciar su veracidad ni que realmente se esté correspondiendo con los términos y hechos expresados.

El apartado 3 del art. 752 LEC indica expresamente que “*lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación a la segunda instancia*”. Es una forma de dotar de seguridad al proceso y a las posibilidades que tienen las partes de hacer valer su derecho a través de la ejecución de las pruebas, también en el proceso de segunda instancia, en grado de apelación, si las pruebas que hubieran presentado fueron indebidamente denegadas en la primera instancia, o aunque se propusieron y admitieron

⁸⁶ Cf. STS 759/2011, de 2 de noviembre en: ROJ STS 6904/2011.

⁸⁷ Esta especialidad del art. 752 se justifica por “los cambios que se producen en este tipo de litigios a lo largo de las diferentes instancias y la necesidad de ajustarse a la realidad para poder tomar la mejor decisión” (Cf. STS 730/2004, de 16 de julio, en: ROJ STS 5289/2004).

⁸⁸ De algún modo se establece en el art. 752.1 LEC un “*sistema de prueba abierto*” (Cf. STS 660/2011, de 5 de octubre en: ROJ STS 6117/2011) y pone a disposición del juez “*una absoluta libertad de medios probatorios*” (Cf. STS 258/2011, de 25 de abril, en: ROJ STS 2666/2011).

no hubieran podido practicarse, a tenor de lo dispuesto en el apartado 2º del art. 460 LEC. En la legislación anterior la admisión de pruebas en la segunda instancia resultaba algo excepcional, de modo que ahora nos encontramos ante una segunda instancia que concede nuevas pruebas y nuevas alegaciones.

Nos llama la atención que se permita, además, que se puedan formular alegaciones y proponer pruebas sobre hechos que incluso no hayan sido invocados en los escritos de demanda y contestación, ampliando así los términos que pudieran configurar el objeto final.

A partir del esquema del proceso civil debemos concretar también cuál es el objeto de la prueba en el proceso canónico, y sobre este punto, las consideraciones vienen a ser prácticamente similares, pues se exige de la misma manera, que toda la actividad probatoria gire en torno a los hechos sobre los que se sostienen las pretensiones de las partes. Así pues, el objeto de la prueba son los hechos afirmados como fundamento objetivo del «petitum» y de la «causa petendi». De hecho, probar significa comprobar la existencia de hechos dudosos o controvertidos. Por este motivo, sólo han de admitirse aquellos hechos que, en efecto, puedan tener una incidencia en la decisión del juez⁸⁹.

Para poder garantizar que las pruebas se ajusten a los hechos, el juez podrá rechazar aquellas que no guarden relación con el objeto del proceso, así como las que aspiren a demostrar hechos evidentes. De este modo, encontramos en el precepto legal del c. 1526 CIC la exclusión de la prueba de “*aquellas cosas que la misma ley presume*”. Los hechos que la ley presume («*praesumptio iuris*») no deben ser probados, sin embargo, contra estos hechos se pueden proponer pruebas directas e indirectas: de tal modo se verifica la inversión de la carga de la prueba que, en ese caso, recae sobre la parte adversaria la presunción (can. 1585 CIC). Por tanto, cuando se afirme un hecho que esté amparado por una presunción legal, como podría ser la conformidad entre el consentimiento interno y externo, o la consumación del matrimonio en caso de cohabitación, la parte que lo manifieste estará exenta de la carga de la prueba y tendrá que recaer sobre la otra parte que quisiera negar u oponerse a lo que afirma esa

⁸⁹ Cf. MORÁN BUSTOS, C.M. Y PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de Matrimonio...* o.c., p. 298.

presunción⁹⁰.

Algún autor ha reconocido que, pese a que se presume que el juez conoce el derecho aplicable y no es necesario que las partes deban probar en el juicio aquello que dicen las normas, en algún caso y de manera excepcional, también el derecho podría ser objeto de prueba cuando se trate, por ejemplo, de costumbres o leyes particulares canónicas que apenas se conozcan en el lugar donde se esté tramitando el proceso. Por tanto, se podría exigir prueba del derecho civil o incluso del derecho propio de otras confesiones religiosas en caso de que la nulidad del matrimonio hubiera sido provocada por estas normas ajenas a la legislación canónica⁹¹.

Por último, los hechos admitidos por la otra parte, aquellos hechos en que ambas partes coinciden o están de acuerdo no están exonerados de la prueba. Se trata no solamente de los hechos sobre los cuales las partes están de acuerdo, sino también de aquellos que resultan probados por una parte y no son impugnados por la otra. Sin embargo, existe un principio de prudencia: los hechos sobre los cuales las partes están de acuerdo no necesitan de prueba a menos que el juez o la ley lo exija. En efecto, existiría el peligro de colusión o complicidad entre las partes conforme puede ser constatado por el juez. En caso de sospecha, el juez admitirá o no la concordancia de las partes. Además, en las causas que tratan sobre un bien público (cann. 1536 y 1579 CIC), la ley exige también la prueba de los hechos sobre los cuales las partes coinciden. Esto no significa que la coincidencia entre las partes, aunque no es suficiente, sea totalmente irrelevante para la valoración y reconstrucción de los hechos.

En todo caso, y como conclusión a lo expuesto, el juez debe manejar con prudencia las razones que le lleven a descartar las pruebas propuestas, en caso de que las considere inútiles o no procedentes, siempre tratando de salvaguardar el derecho de defensa de las partes intervinientes en el proceso.

⁹⁰ Ibidem. Explica la prof^a Peña que, al existir una presunción general favorable a la validez del matrimonio se deben probar los hechos que den lugar a la nulidad, no siendo suficiente que uno de los cónyuges lo afirme y el otro manifieste su conformidad o reconocimiento. Al no tener fuerza de prueba plena las confesiones y las declaraciones de las partes en los procesos de nulidad, la confesión de una de las partes no puede eximir a la otra de la carga de la prueba, salvo que existan otros elementos de prueba que ratifiquen esos hechos.

⁹¹ Cf. MORÁN BUSTOS, C.M. Y PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de Matrimonio...* o.c., pp. 298-299.

7.1. Identificación y acotación del objeto de la prueba

Dentro de los procesos matrimoniales civiles, la casuística que da lugar al pleito puede resultar muy variada y, por ende, aquello que sea necesario probar será diferente según el supuesto de que se trate.

En el caso de la separación o el divorcio civil, el objeto del proceso, en sí, es la declaración formal de que la convivencia queda en suspenso o la extinción del vínculo matrimonial. Ahora bien, junto a este objeto aparecen otros complementarios que pueden definirse al término del proceso o con anterioridad al mismo, por ejemplo, cuando se solicitan medidas provisionales y que guardan relación necesariamente con la situación en la que quedan los miembros menores de la unidad familiar.

Dentro de esta materia específica cabe destacar que el proceso es necesario para la extinción del vínculo, pues sólo una sentencia judicial puede declarar ese nuevo estado de las partes⁹² que ya no están unidas entre sí por el vínculo matrimonial.

Así pues, en base a las pretensiones que configuran la acción procesal (en relación al vínculo matrimonial, económica de los cónyuges y relacionadas con los hijos), se ha de formular la prueba que garantice una sentencia y que venga a responder a las cuestiones solicitadas, pronunciándose así sobre la separación, divorcio o nulidad, sobre las medidas adoptadas en relación a los hijos, sobre la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas conforme establece el art. 774.4 LEC.

Si recordamos, el art. 90 CC alude a todos aquellos puntos y apartados que deben reglar la situación filial, económica y patrimonial, decidiendo así sobre la guardia y custodia de los hijos y el régimen de visitas, la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar, la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, la liquidación del régimen económico del matrimonio y la pensión a satisfacer a cada uno de los cónyuges, previendo que todos ellos queden suficientemente tratados en el Convenio regulador cuando la separación o el divorcio se tramitan de mutuo acuerdo.

Por tanto, en los procesos civiles serán objeto de prueba, fundamentalmente, las pretensiones relativas a los menores que hubiera y aquellas relaciones de tipo

⁹² Cf. art. 89 CC: “La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil”.

económico o financiero que fuera necesario aclarar o determinar en caso de que no hubiera acuerdo entre las partes o habiéndolo, supusiera una situación desfavorable para alguno de los cónyuges. Así pues, sobre la pretensión matrimonial como tal no recae prueba alguna salvo el requisito de que se presente habiendo transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, algo que, salvo casos puntuales, es lo habitual.

En los procesos canónicos, sin embargo, es la pretensión matrimonial la que ha de probarse y por lo tanto, es objeto de prueba, por ejemplo, el estado psicológico de los contrayentes al momento de contraer matrimonio, las actitudes y comportamientos que pudieran originarse a partir del padecimiento de una grave patología o la existencia de alguna anomalía física que fuera el soporte de un impedimento de impotencia tanto en el varón como en la mujer.

En este sentido, deducimos claramente que aún compartiendo ambas jurisdicciones de manera parcial el objeto de estos procesos, a la hora de fundar las pretensiones alegadas los hechos son totalmente diversos, evidenciando una línea probatoria diversa.

7.2. La iniciativa probatoria

La iniciativa probatoria constituye el motor que aviva la dinámica del proceso una vez que ha sido puesto en marcha con la interposición de la acción procesal. Así pues, en correlación con la pretensión inicial, serán las partes las que deban mostrar interés para sostener su reivindicación y demostrarla con los medios probatorios que tengan a su alcance. Pero si nos encontramos ante procesos donde rige el principio inquisitivo por ser una causa de interés público, no sólo los litigantes deberán hacerse cargo de la aportación de pruebas, sino que también se extenderá esta tarea al Ministerio Fiscal o al propio Juez.

La presentación y práctica de las pruebas en el proceso viene a constituir un acto procesal relevante que incumbe a las partes y que tiende a la demostración de la verdad y la razón de las pretensiones aducidas. Por eso, no sólo es un derecho de las partes sino que se convierte a su vez en una carga en caso de seguir sosteniendo cuanto afirmaron al comienzo del proceso. Para ello, partiendo de los medios que concede la ley, en forma regulada o no, siempre que no estén prohibidos expresamente, la acción de probar se entenderá como la aportación de todos aquellos “*elementos suficientes capaces de*

llevar al ánimo del juez la convicción necesaria que le permite plasmar en su sentencia la exacta realidad de los hechos”⁹³.

Pero no sólo se debe entender la actividad probatoria como el modo de alcanzar el éxito en las pretensiones de las partes sino que puede servir para medir la calidad de la tutela judicial, en la medida en que el tribunal forma adecuadamente su convicción sobre los hechos⁹⁴. En este aspecto, se viene a remarcar la idea de que todos los sujetos intervinientes en el proceso deben proceder con sumo cuidado y atención a la hora de manejar los elementos probatorios, cada uno desde el puesto que deben ocupar en el proceso. De este modo, las partes han de ser conscientes de si dispondrán de pruebas suficientes para demostrar las alegaciones que formulan y de que cumplirán con la carga de la prueba conforme lo exijan sus pretensiones. Pero también los jueces deben tener en cuenta las implicaciones del principio de inmediación y aprovechar para intervenir en aquellos medios de prueba en los que se le reconozca esta facultad.

Concretamente, en los procesos de familia el juez puede acordar de oficio las pruebas que estime necesarias y esto le convierte, si cabe, en precursor de la legalidad y de la justicia. De este modo vendría a agotar todas las posibilidades de esclarecer los hechos que redundaría a su vez en beneficio del enjuiciamiento posterior de los mismos. Tengamos, pues, presente, que en estos supuestos no se trata de sostener categóricamente que sólo prueba de unas obligaciones el que reclama su cumplimiento y de su extinción aquél que se opone, pues no sería justo teniendo en cuenta la protección especial que reciben las materias comprendidas en el derecho de familia.

Esta iniciativa puede ser rogada, es decir, exigida por el propio Derecho para dar cauce a la actuación procesal correspondiente, pero también puede ser voluntaria, de manera que quien la propone debe decidir el número y tipos de pruebas que quiere presentar y aquellas que sean más acordes con lo que se pretende demostrar. Además, cabe decir que la iniciativa probatoria viene influenciada por la necesidad de cumplir con un interés propio y personal o en base a un interés eminentemente público. Es, pues, evidente que cuando un sujeto afirma unos hechos y como consecuencia pide al juez una tutela efectiva, a él le concierne la carga de probar cuanto alega. Pero también al

⁹³ BELLO TABARES, H.E., *Tratado de Derecho Probatorio. De la prueba en general*, Tomo I., Caracas, 2005, p. 19.

⁹⁴ Cf. DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II...*, o.c., p. 118.

Ministerio Fiscal y al Juez, en aquellos procesos no dispositivos que así lo requieran, les incumbirá todo aquello que se diga o pruebe para generar así una respuesta activa por su parte, de manera que también ellos puedan impulsar los mecanismos probatorios que motiven la adopción de la decisión más justa y más coherente con la verdad del caso.

Ciertamente, el juez siempre es el destinatario de la prueba, pues con la demostración de unos hechos se persigue conseguir su convencimiento. Pero habría un movimiento bidireccional, de manera que siendo destinatario también se le puede reconocer un protagonismo probatorio. Ahora bien, de ningún modo el juez suplanta ni sustituye en su totalidad la iniciativa probatoria de las partes si aconsejara la práctica de alguna otra prueba, sino que se trata de pruebas complementarias y accesorias que se suman a las principales dentro de esa iniciativa que se le reconoce de oficio en este tipo de procesos.

Las disposiciones normativas de la LEC disponen esta actuación de oficio por parte del Tribunal a la hora de decretar la nulidad, separación o divorcio para acordar las pruebas que estime necesarias en orden a comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas (cf. art. 770. 4º LEC). Incluso, para acordar medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados en un procedimiento contencioso, en el mismo párrafo se sustancia el trámite de oír a los menores o incapacitados con suficiente juicio y mayores de doce años a solicitud no sólo de las partes o incluso del Equipo Psicosocial, sino porque también lo pida el Ministerio Fiscal o el propio Juez lo considere de oficio.

Por su parte, la legislación canónica prevé algunos casos en los que el juez debe acordar la prueba de oficio porque así lo exige la propia ley, como es el caso de la práctica de la prueba pericial: *“En las causas sobre impotencia o falta de consentimiento por enfermedad mental, el juez se servirá de uno o varios peritos”* (c. 1679 CIC). Pero en algún otro precepto se introduce la posibilidad de que el Juez pueda requerir *“testigos que declaren acerca de la credibilidad de las partes”*, pudiéndose servir para valorar la declaración de las partes de otros indicios y adminículos conforme establece el c. 1679. Esto sucede en aquellos supuestos o causas que afectan al bien público, de manera que aunque la confesión judicial y las declaraciones de las partes que no sean confesiones pueden tener fuerza o eficacia probatoria, no se les podrá atribuir fuerza de prueba plena si no existen otros elementos que las corroboren totalmente (cf. art. 1536 §2 CIC). Así pues, el hecho de que el juez deba recurrir a estos

elementos complementarios refuerza la idea de que su responsabilidad en el proceso va más allá de convertirse en un mero espectador y de dictar una sentencia sin más al término de las actuaciones procesales.

7.3. Medios de prueba en los procesos matrimoniales civiles

La redacción del art. 299 LEC sobre los medios de prueba en general representa el soporte base del que partimos para enunciar las vías y mecanismos que se pueden utilizar para fundamentar el derecho de las partes. Así, conforme este precepto serán medios de prueba que se puedan utilizar en el juicio el interrogatorio de las partes, los documentos públicos y privados, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos.

El orden de práctica de estos medios de prueba en el juicio o vista que se propone por el art. 300 LEC (y que puede alterar el Tribunal de oficio o a instancia de parte) comienza con el interrogatorio de las partes y después de los testigos, siguiendo las declaraciones de los Peritos o la presentación de sus Dictámenes, para concluir con el reconocimiento judicial y la reproducción ante el Tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante los instrumentos correspondientes.

Ahora bien, los medios expuestos no constituyen un *numero clausus* ni restringen la actividad probatoria, impidiendo la utilización de otros medios probatorios que pudieran no encontrarse expresamente reconocidos en la normativa procesal. Por eso, la LEC disipa cualquier duda al respecto constatando en su art. 299 que se admite “*cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores*” y por medio del cual “*pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes*”⁹⁵.

Los procesos matrimoniales que versan sobre la atribución de la patria potestad, la guarda y custodia, el régimen de visitas, las pensiones de alimentos a favor de los hijos y otras medidas excepcionales en relación a los menores, van a integrar un amplio despliegue probatorio dando lugar a la práctica de varios tipos de pruebas. Así pues, el interrogatorio de los cónyuges podrá ser interesante a efectos de resolver algunos puntos

⁹⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II...*, o.c., p. 130.

controvertidos, pero sin duda alguna, la audiencia al menor⁹⁶ se va a convertir en la clave para conocer qué circunstancias pueden ofrecer uno y otro progenitor para preservar la estabilidad y el equilibrio en el desarrollo integral del menor⁹⁷.

El interrogatorio de los testigos será una pieza fundamental en el engranaje procesal para este tipo de procedimientos, teniendo en cuenta que el núcleo familiar generalmente comparte un amplio entorno de relaciones sociales en el que llegan a trascender, de algún modo, algunos aspectos de los acontecimientos y las vicisitudes de la intimidad familiar. Así pues, personal de trabajo doméstico, vecinos, profesores de la escuela donde estudian los menores o de otras instituciones donde desarrollan actividades no sólo académicas, sino también extraescolares y de ocio, todos ellos pueden constituir un testigo cualificado a efectos de comparecer con su versión sobre los hechos. El grado de conocimiento de los asuntos variará en función de la proximidad que mantenga con la familia, pero sí podrán tener conocimiento o haber presenciado, por ejemplo, actos de violencia doméstica físicos o verbales, haber evidenciado la irresponsabilidad o colaboración en las diversas tareas de cuidado y educación de los hijos o incluso podrán ser destinatarios de confesiones o comentarios por parte de los menores refiriéndose a cómo ellos viven las desavenencias de sus padres o las vidas paralelas de ambos.

Junto a las declaraciones de parte y testifical, viniendo refrendado por el art. 92.9 del CC, se cuenta con la posibilidad de recabar, bien de oficio o a instancia de parte, un dictamen o informe de especialistas cualificados para que se pronuncien sobre la idoneidad a la hora de ejercer la patria potestad y el régimen de custodia de los menores. Además, en este contexto podrá presentarse como prueba documental todos aquellos escritos que certifiquen la idoneidad o no en el modo de ejercer la patria potestad y el régimen de custodia de los menores por parte de los progenitores.

Si bien es verdad que en nuestro estudio retomaremos algunas especialidades del resto de medios de prueba (sobre todo a la hora de marcar las diferencias entre alguno de ellos y la pericia), el dictamen de peritos centrará toda nuestra atención, entre otras razones porque el objeto de esta evaluación no se limita únicamente a describir y

⁹⁶ Siempre que se considere necesario y oportuno el Juez deberá oír a los menores ya sea de oficio o porque así lo pidan las partes, el Fiscal, los profesionales del Equipo Técnico Judicial o incluso el propio menor.

⁹⁷ Cf. SOSPEDRA NAVAS, F.J. (Dir.), *Los procesos...* o.c., p. 94.

analizar una crisis matrimonial, sino que se interviene en ella de forma múltiple, yendo incluso más allá de lo que corresponde estrictamente a la prueba pericial. De hecho, como indicaremos más adelante, son varias las acciones que puede comprender el trabajo de los profesionales que evalúan las causas y efectos de la crisis familiar. Por ejemplo, a partir de los datos del pasado o del presente pueden incluso promover acuerdos para gestionar la crisis con un impacto menos negativo en todos los miembros de la familia o a partir del pronóstico sobre cómo interactúan todos los miembros de la unidad familiar en el periodo actual en el que son evaluados para poder predecir cómo evolucionarán las relaciones en el futuro y cómo se encajará la nueva vida por parte de los hijos que generalmente son los principales afectados. Creemos, por tanto, que las posibilidades de la prueba pericial son muchas teniendo en cuenta que en un proceso de separación o divorcio (los más frecuentes y comunes), la peritación psicológica que se realiza al amparo de lo dispuesto en el art. 92 CC, a partir de lo que se pide observar en los arts. 154 CC⁹⁸ y 170 CC⁹⁹, abarca muchos aspectos que se encuentran en conexión con el caso.

Por tanto, la importancia de esta prueba en el ámbito de los procesos matrimoniales por la encomiable ayuda que presta a los Juzgados y Tribunales en su faceta probatoria y como complemento junto al resto de pruebas, despierta un interés superior. De ahí que esta figura nos sugiera una profundización en todos los elementos que la conforman para comprobar si tal y como está planteada cumple las expectativas y satisface el fin para el que se orienta, si se hace necesario reforzar las bases sobre las que se asienta una regulación más exacta y precisa. Pretendemos, pues, perfilar el contenido de la prueba de peritos y destacar todo aquello que pueda ser sometido a

⁹⁸ El artículo 154 CC donde se recalca que “*La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica*” se muestra en perfecta consonancia con los que le siguen en cuanto que prima el “beneficio” del menor sobre cualquier otro criterio a tener en cuenta para determinar cómo se han de entender y regular las relaciones paterno-filiales. Se trata de poner fuera de toda duda que, en caso de conflicto matrimonial, se atenderá a las preferencias del menor si se aprecia que son razonables y que se encuentran inmunes a cualquier tipo de coacción o manipulación ejercida por cualquiera de los dos cónyuges.

⁹⁹ De nuevo, el art. 170 CC recuerda que en caso de admitir una modificación en la atribución de la patria potestad, se practicará cuando conste que se hace por el bien del menor: “*Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación*”. Esto significa que el menor protagoniza el devenir de las medidas adoptadas en un proceso desde el momento en que se dictan inicialmente y en aquellos otros momentos en que las circunstancias conlleven una modificación de esa decisión primera y así en lo sucesivo.

crítica con propuestas de cambio y propugnar como modelo aquello que merezca ser elogiado.

7.4. Medios de prueba en los procesos matrimoniales canónicos

El Código de Derecho Canónico acoge en su articulado los mismos medios de prueba que se contemplan en el ordenamiento civil y el orden de su práctica es, claramente, muy similar.

El Título IV de la Parte II («*De probationibus*», cann. 1526-1586 CIC) es una de las secciones más extensas del Libro VII. Igualmente, desde el punto de vista temporal, este período instructorio es, de hecho, el más largo respecto a otros tiempos o fases del proceso, ya que se inicia con la fijación del *dubium*¹⁰⁰ (can. 1516 CIC) y termina con el decreto de la conclusión de la causa (can. 1599-1600 CIC). Esta constatación es comprensiva ya que el período probatorio o instructorio es de gran importancia porque de él depende el éxito de la pretensión de las partes y la decisión del juez.

El fin de la prueba no es solamente demostrar al juez que los hechos de la causa se han desarrollado de un cierto modo. El convencimiento del juez puede ser considerado el fin último de la fase probatoria y no su fin inmediato, porque la finalidad inmediata de la prueba es la comprobación de los hechos que sostienen la petición¹⁰¹.

En el proceso canónico pueden ser propuestas pruebas de cualquier género. El proponente no tiene ningún límite, aunque se debe tener en cuenta que sólo serán admitidas pruebas lícitas y útiles para definir la causa (cf. c. 1527 CIC). No existen límites derivados del tipo de causa, ni de un elenco codicial, ni de las normas de ley sobre los requisitos de cada prueba. Pueden por eso, ser propuestas todo tipo de medios probatorios, judiciales o extrajudiciales, típicas o atípicas, con garantía para la prueba plena o no plena. Esto significa que la proposición de la prueba es absoluta e ilimitada.

¹⁰⁰ Esta fase se considera un acto procesal esencial, dado que de él depende la respuesta que dé la sentencia a la causa planteada. El propio c. 1611 CIC establece que “*la sentencia dirimir la controversia discutida ante el tribunal, dando a cada duda la respuesta conveniente*”. La forma en que se concreta la fijación del dudo es acotando perfectamente cuál es el *petitum* así como la *causa petendi*, recogiendo a su vez lo que el demandado haya podido aducir en el contradictorio (Cf. LÓPEZ ZUBILLAGA, J.L., Voz: “Fijación del Dubium”, en: AA.VV., *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol. III, Pamplona, 2012).

¹⁰¹ Cf. STANKIEWICZ, A., “Le caratteristiche del sistema probatorio canonico”, en: AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 1994, pp. 567-597.

La licitud, por tanto, concierne a la admisión y sólo indirectamente a la proposición (cf. art. 157 §1 DC).

A diferencia de la LEC, que enuncia en un solo artículo los medios de prueba posibles, el CIC dedica diferentes Capítulos a cada uno de ellos, en el siguiente orden: *De las Declaraciones de las partes* (Capítulo I); *De la Prueba Documental* (Capítulo II); *De los Testigos y sus testimonios* (Capítulo III); *De los Peritos* (Capítulo IV); *Del acceso y reconocimiento judicial* (Capítulo V); *De las Presunciones* (Capítulo VI).

Ciertamente, en un proceso de nulidad matrimonial se constata la utilización casi habitual de los cuatro primeros medios de prueba enunciados, pero aún de entre estos, la prueba pericial no siempre es una constante. Ahora bien, también es verdad que la mayoría de las causas que últimamente se tramitan en los Tribunales Eclesiásticos versan sobre defectos del consentimiento para los que se requiere la realización de la prueba pericial por exigencia expresa de la normativa codicial¹⁰², permitiendo así insertarla casi de ordinario en la mayor parte de las causas. Esto supone que una figura tan demandada sea susceptible de un estudio constante y continuo, juzgando incluso la conveniencia de su reforma si los tiempos, las ciencias o las técnicas cambian.

8. La Prueba Pericial en los procesos matrimoniales: configuración y características de la pericia

La regulación procesal civil en materia de prueba pericial se puede considerar novedosa respecto a la legislación anterior pues viene a concretar y esclarecer su verdadera naturaleza como medio de prueba o auxilio al servicio del juzgado, que se trata de un verdadero medio de prueba, si bien es verdad que, con todo, se concede más importancia al dictamen como medio de prueba que al perito que lo elabora y a sus conocimientos como fuente de esa prueba¹⁰³. Todo depende, en parte, de la perspectiva desde la que se analice su funcionalidad, pues, constituyendo un medio de prueba en toda regla, puede representar el medio para la valoración de otro medio de prueba. Por eso es posible que se distinga y, por ende, se le otorgue distinto valor, a la pericia

¹⁰² En el caso de los vicios del consentimiento, como la simulación, no se requiere expresamente la práctica de la prueba pericial aunque nada obsta para que se proponga si es conveniente y necesario.

¹⁰³ Cf. FONT SERRA, E., “El dictamen de peritos en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La prueba*. Madrid, 2000, p. 71.

psicológica reparando en su carácter puramente instrumental o en el perito psicológico desde su función de auxiliar del juez¹⁰⁴.

Si decimos que el informe pericial psicológico o peritaje psicológico, como acto en sí, tiene como objeto analizar el comportamiento humano en el entorno de la Ley y el Derecho¹⁰⁵, esta breve descripción encaja en la finalidad del peritaje en los procesos matrimoniales, donde el punto de partida son las relaciones del sujeto en la familia y en el contexto social que le rodea. Y si, en líneas generales, se aprecia que cada vez son más los jueces que recurren a los psicólogos¹⁰⁶ (privados o de la Administración de Justicia) para pedir asesoramiento con aquello que guarda relación con el estudio de las condiciones psicológicas de los actores jurídicos, no es de extrañar que en materia de derecho matrimonial, esta rama científica acompañe cada vez con más frecuencia el creciente número de procesos en materia de familia. De esta manera, las aportaciones de los peritos psicólogos a la hora de determinar las medidas que regulan las crisis matrimoniales vienen a gozar de gran protagonismo en la múltiple casuística que estas vienen a generar en torno al ejercicio de la patria potestad compartida después de cesar la convivencia, cómo se ordena la guarda y custodia así como el régimen de visitas y comunicación con el progenitor que no tiene la custodia.

En lo que respecta al proceso canónico, también cabe destacar la relevancia de este medio probatorio en las causas de nulidad matrimonial en tanto en cuanto la evolución de la ciencia psicológica y psiquiátrica han venido a completar y a suplir la carencia de conocimientos que el canonista podía acusar.

Ciertamente, a simple vista, la prueba pericial médica y psicológica, además de tener un gran calado en el proceso matrimonial canónico, adquiere un sentido mucho más completo y extenso que lo que puede ser en el campo penal o civil¹⁰⁷, dado que incluye el estudio y la valoración de todo tipo de psicopatologías, trastornos de la

¹⁰⁴ Cf. DE LA TORRE LASO, J., “El informe pericial psicológico: criterios judiciales y jurisprudenciales”, en: *Papeles del Psicólogo*, en: *Revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, Época III, 73 (1999) p. 13.

¹⁰⁵ Cf. DE LA TORRE LASO, J., “El informe pericial... o.c.”, p. 13.

¹⁰⁶ La STS 51/1992, de 21 de noviembre (ROJ STS 8593/1992) destacaba que “la psicología permite aportar medios de conocimiento que el Tribunal no podría ignorar en su juicio sobre la credibilidad del testigo y que, por sí mismo no podría obtener en razón del carácter científico especializado de los mismos”.

¹⁰⁷ Cf. ALFARO FERRERES, E. y BRIONES ILLANA, P., “La prueba pericial psicológica en el Derecho matrimonial eclesiástico”, en: *Revista SIDEME*, 8, (2011) p. 5.

personalidad, síndromes y cualquier otra condición psicológica que pueda, de algún modo, comprometer la capacidad de uno o de ambos contrayentes para emitir un consentimiento matrimonial verdadero¹⁰⁸ o que les posibilite asumir las obligaciones inherentes al matrimonio, consideradas en sí mismas como esenciales. El legislador ha sido consciente de la diversidad de anomalías psíquicas que existen, variando en función de la naturaleza, grado, intensidad, etiología, de manera que cada caso presenta un perfil singular y un diagnóstico psicopatológico particular que necesita un estudio y valoración singularizada.

Ahora bien, a este recurso que en ocasiones se le viene considerando como esencial también se le ha negado su absoluta infalibilidad, exigiéndole no tanto que renuncie a su autonomía científica sino que se integre en el concepto metafísico del hombre que va más allá del puramente y estrictamente antropológico¹⁰⁹. Por eso los operadores jurídicos del Derecho Canónico han pedido a estas ciencias que ajusten las consideraciones puramente humanas a una pluralidad de condicionantes que protagonizan el progreso, el avance cronológico y encadenado de la sucesión de experiencias vitales y que, en síntesis, encabezan el concepto de equilibrio y normalidad. El perito, por tanto, ha de ayudar a desentrañar el alcance de una anomalía siempre que exista sospecha de que la misma pudo convertirse en la causa fáctica de la situación jurídica en cuestión.

Lo que ahora nos interesa es examinar este aspecto de esencia o naturaleza de la pericia a la luz de las dos legislaciones vigentes para cada ámbito de los que ocupan nuestro estudio: el Código de Derecho Canónico de 1983 para el eclesiástico, y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 para el civil. Veremos que el enfoque dado desde una u otra normativa aporta caracteres peculiares que nos hacen inclinarnos hacia una concepción de la pericia como medio de prueba, como método auxiliar o hacia la fusión de ambas.

¹⁰⁸ El consentimiento interno requiere que el sujeto que lo emite posea una dosis de “*gobierno y posesión de sí*”, de manera que pueda existir una verdadera donación y una aceptación recíproca. Se trata, pues, de donarse realmente al otro, entregarse en la totalidad del ser y acoger la donación conyugal del otro que se espera sea realizada en similar proporción (cf. VILADRICH, P.J., *Il consenso matrimoniale. Tecniche di qualificazione e di esegesi delle cause canoniche di nullità (cc. 1095-1107)*, Pamplona, 1998, traduzione di S.Santificetur, Milano, 2001, p. 65).

¹⁰⁹ Cf. GHERRO, S., Y ZUANAZZI, G., “Perizie e Periti nel processo matrimoniale canonico”, en: *Collana di Studi di Diritto Canonico ed Ecclesiastico*, Torino, 1993, p. 33-35.

Antes de proceder a delimitar cómo se considera esta figura en los dos ordenamientos, desde sus similitudes y diferencias, creemos conveniente enunciar cuáles son las características de la pericia y los matices que se resaltan en cada legislación. Sin duda, esto supondrá la antesala necesaria para poder desarrollar cómo queda definida la naturaleza de la prueba pericial, valorando y examinando a su vez si este reconocimiento a efectos de constitución ha quedado cerrado o podría ser susceptible de modificación, y en caso afirmativo, de qué factores dependería y si eso haría cuestionarse, igualmente, su pervivencia en el conjunto de medios de prueba.

En este apartado vamos a exponer las características de la pericia para poder comprender cómo encaja y se estructura en el ámbito judicial. Esto nos va a permitir encontrar con carácter previo las razones que ilustran su cometido y cómo los datos y argumentos en los que se sostiene y que se ofrecen al juez suscitan su reconocimiento como estrictamente probatorios.

Además, nos parece oportuno adelantar, a grandes rasgos, cuáles son esas propiedades que la definen como tal: *“una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del juicio, especialmente cualificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes”*¹¹⁰.

a) Prueba en sentido estricto

Como tal, el dictamen pericial se debe limitar a demostrar unos hechos, logrando el convencimiento de su existencia o no y para ello lo hará partiendo de las cuestiones que hayan sido articuladas en la *litis*, que sean realmente controvertidas y que requieran los conocimientos especiales de su ciencia. Con su intervención contribuirá a descubrir, además, la verdad o la falsedad de las afirmaciones, juicios o valoraciones que hayan aparecido en el proceso, contrastándolas con aquellas que hayan surgido de la entrevista directa o personal con el periciado. Se excluirían aquí, por tanto, las cuestiones de derecho, porque sólo al juez le corresponde hacer las calificaciones jurídicas oportunas al momento de dictar sentencia.

¹¹⁰ DEVIS ECHANDÍA, H., “Función y naturaleza jurídica de la peritación y del perito”, en: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n. 4, (1969) p. 857.

No se trata, por tanto, de un conjunto de elementos indiciarios que se presentan para apoyar otras pruebas, sino que nos encontramos ante una prueba en toda regla basada en el resultado de una inspección que viene avalada por la experiencia profesional de quien la emite. Por sí misma, la prueba pericial puede producir un estado de certidumbre en la mente del juez en relación a esos hechos o actitudes que se imputan a una persona determinada. Esto, por tanto, no hace sino refrendar que la pericia sea considerada en su naturaleza como verdadera prueba.

b) Prueba de carácter personal

Este aspecto se refiere a la exclusividad que le corresponde al perito a la hora de elaborar el dictamen y por tanto, a la prohibición implícita de delegar este cometido en otra persona, aunque ésta reuniera los mismos requisitos respecto al título habilitante. Esto no impide que pueda consultar otras fuentes y someter a opinión de terceros sus propias valoraciones para emitir un informe coherente y acertado en sus conclusiones. Ahora bien, el resultado de su informe debe obedecer a la autoría del perito y ser firmado por el mismo que aceptó el encargo.

El encargado de elaborar el dictamen, por tanto, será una persona física, aunque también es posible que se encomiende a una persona jurídica que será la responsable última del dictamen pese a que requiera la mediación de una persona física para su redacción como es lógico, dado que como requisito formal, el dictamen debe emitirse por escrito¹¹¹. El contenido del dictamen, por tanto, quedará circunscrito al campo de la especialidad correspondiente y el juez tan sólo hará una traducción jurídica de los datos científicos aportados.

Hemos de aclarar que no se puede entender que sólo opere un único sujeto como perito, pues la LEC viene a superar la limitación de la anterior legislación sobre el perito único y, por tanto, sobre el dictamen único para evitar que se resolvieran los pleitos con base en periciales poco fundadas, o por criterios cuantitativos o cualitativos¹¹². Igualmente, el CIC admite que sean varios los peritos, y cuando esto se

¹¹¹ Cf. ILLESCAS RUS, A.V., “Práctica y valoración del dictamen pericial”, en: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Psicología del testimonio y prueba pericial*, Madrid, 2005, p. 109-110.

¹¹² Cf. RODRIGO DE LARRUCEA, C., “La contradicción en el dictamen pericial: tratamiento conceptual de “la sana crítica” y efectos prácticos”, en: *Diario la Ley*, nº. 7494, 22 octubre 2010, p. 9.

dé, aunque se establece en el c. 1578 que cada perito elabore por separado su propio dictamen, es posible que el juez mande que se presente uno sólo que cuente con la firma de todos los peritos.

c) Prueba a partir de una actividad procesal

La pericia por sí sola no tiene sentido si no forma parte de un proceso, donde despliega los efectos en base a su naturaleza probatoria. Por tanto, la actividad del perito que concluye con el dictamen pericial se realiza en el proceso desde el momento en que se propone la prueba para que sea admitida.

Ahora bien, que la pericia tenga pleno sentido en el proceso no significa que la persona que lo realiza forme parte del mismo, pues ni es titular de la relación material ni tampoco de la relación jurídico-procesal que se constituyó con anterioridad a la asunción de su compromiso para con las partes o el Tribunal¹¹³. Por tanto, igual que no es parte tampoco se puede admitir que su intervención sea la de un juez, pues su función no es, ni mucho menos, resolver el mérito de la causa. Ni siquiera puede ser testigo pese a que en ocasiones se ha venido a confundir su intervención con esta otra figura y mucho menos, tampoco podrá considerarse como un tercero interviniente pues no tiene un interés procesal en la causa. Su intervención se reduce, por tanto, a un servicio técnico, puntual y sin que secunde las pretensiones de las partes, pues precisamente su dictamen objetivo e imparcial podrá incidir en la orientación de la instrucción pero no determinarla y por ende, podrá tener una repercusión mayor o menor en el resultado del proceso, todo ello con independencia del modo en que se hubiera producido la designación (de parte o judicialmente)¹¹⁴.

Por eso, los peritos operan ejercitando un medio de prueba al entrar desde fuera en contacto con el proceso y sin que previamente hayan adquirido una relación previa y extraprocesal. Es a partir de los datos que se incorporan en el proceso y en virtud del encargo del juez o de las partes que su actividad deviene en procesal, y no sólo nos

¹¹³ Cf. SANJURJO RÍOS, E.I., *La prueba pericial civil. Procedimiento y valoración*, Madrid, 2013, p. 17

¹¹⁴ Siendo este uno de los cambios más relevantes, los dictámenes de los peritos que han sido designados por las partes unilateralmente vienen a ser incorporados al proceso para apoyar sus pretensiones junto con la demanda o la contestación a la demanda (Cf. CUBILLO LÓPEZ, I., “La prueba de peritos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en: *Tribunales de Justicia: Revista española de Derecho procesal*, 4 (2002) p. 31.

referimos a su dictamen, sino también a cualquiera de sus actuaciones, observaciones, conclusiones incluida su ratificación¹¹⁵.

d) Prueba por encargo, judicial o a instancia de parte

El dictamen puede estar precedido de un encargo judicial decretado y notificado en la forma legal prevista. Por eso, este encargo puede provenir a instancia de parte con la propuesta de la práctica de la prueba pericial o directamente de oficio por parte del Juez. En todo caso, admitida la prueba para el caso de que sean las partes quienes la propongan, el siguiente paso será determinar la persona concreta que desempeñará las funciones de perito y el encargado de llevarla a cabo¹¹⁶.

Para el caso de que la pericia sea realizada extrajudicialmente por cuenta de una de las partes, en el ámbito civil se admite sin reparar en una clasificación que comporte una valoración marcadamente diferente respecto a los dictámenes judiciales. También en el ámbito canónico se admite a pesar de que la eficacia probatoria que tiene no será la misma que aquella que se lleve a cabo a través de la designación judicial. Si es admitida por el juez, se incorporará al proceso pero con las reservas propias por el modo en que ha sido solicitado.

e) Finalidad de la prueba pericial

Sobre la finalidad de la prueba pericial la doctrina no siempre ha sostenido un criterio uniforme, en parte porque ha tenido mucho que ver la precisión de su naturaleza jurídica, de manera que la concepción sobre ésta ha marcado la teleología de la pericia. Algunos, pues, la han entendido como un complemento para la cultura del juez, otros como un auxilio o ayuda, donde el perito colabora con el juez para reconocer, apreciar y valorar otros medios de prueba. Sin embargo, otra corriente doctrinal¹¹⁷ se mueve en torno a otra finalidad que nos parece, si cabe, más procedente y acertada, y es que constituye un tipo especial de integración de la actividad de percepción y deducción por

¹¹⁵ GUASP, J., *Derecho procesal civil*, vol. 1, Madrid, 1968, p. 603.

¹¹⁶ Cf. GIANESIN, B., *Perizia e capacità consensuale nel matrimonio canonico*, Padova, 1989, p. 44

¹¹⁷ Cf. CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Trad. Alcalá Zamora y Sentís Melendo, T. II, Buenos Aires, 1944, p. 218.

parte del juez, de manera que la pericia integraría los sentidos del juez con los conocimientos que posee y, de algún modo, les daría forma.

Ahora bien, sin duda, aun creyendo que la tercera corriente mencionada se acerca a la finalidad real de la pericia, aún apoyamos la tesis de que la pericia conlleva una misión de persuasión y convencimiento del juez desde la autonomía que caracteriza al perito que emite el dictamen. Por eso, se trata de aportar al juez nuevas razones o argumentos susceptibles de valoración que si no llegan a ser analizados en relación al resto de datos obrantes en autos pueden quedar vacíos de contenido, permanecer ocultos o ser interpretados de manera falsa o errónea¹¹⁸.

f) La prueba pericial tiende a una declaración de carácter científico

Por último, confirmando lo que venimos diciendo, la prueba pericial no es un simple parecer de un sujeto que voluntariamente ha querido comparecer en el proceso ni ha sido llamado para que opine sobre los hechos controvertidos, sino que a él se ha acudido para que los califique de manera técnica. Es más, cuando la normativa procesal establece que es necesario recurrir a la pericia, aunque no se esté pronunciando de forma imperativa, de algún modo está admitiendo que hay determinados datos sobre hechos cuya existencia, cualidades, naturaleza, causas y efectos no pueden abarcarse desde los conocimientos normales y comunes, sino que para ello se necesita una experiencia cualificada de personas que demuestren ser especialistas en esa materia concreta¹¹⁹.

Así pues, el dictamen pericial es una declaración o un pronunciamiento sobre todo aquello que el perito ha examinado a partir de las actas que le han facilitado, la entrevista personal o el recurso a técnicas proyectivas. En el supuesto de que exprese un diagnóstico, no se requiere que éste se manifieste en términos de certeza, bastando que lo haga en términos de probabilidad. De hecho, entre lo que es cierto y lo que no lo es se

¹¹⁸ Cf. BELENCHON, E., *La prueba pericial en los procesos de nulidad de matrimonio*, Pamplona, 1982, p. 70.

¹¹⁹ En relación al juez, es obvio que no se le puede pedir que ante asuntos que revistan complejidad o que de por sí el objeto requiere un apoyo por parte de especialistas. Como señalaba Font Serra, en relación a la falta de conocimientos especializados, “*deficiencia que el Juez no tiene obligación de superar, pues no se le puede exigir un largo estudio de la ciencia, ni una dilatada práctica en la técnica; y no entremos siquiera en el arte, pues la pericia artística sólo puede ser adquirida por quien tenga capacidad innata para apreciar la belleza*” (FONT SERRA, E., *La prueba de peritos en el proceso civil español*, Barcelona, 1975, p. 31).

puede desarrollar una gama de intervalos que a su vez se convierten en indicadores de probabilidad, pudiendo ser conocimientos muy probables, extremadamente probables o prácticamente ciertos.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA PERICIAL EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

1. Antecedentes históricos de la prueba pericial

No se puede iniciar un estudio de estas características partiendo de datos escasos y recientes, sino que hay que retroceder en el tiempo para entender la justificación de todo un proceso que ha ido conformando una realidad tal y como la entendemos hoy en día. Así pues, si pretendemos someter a análisis la figura de la prueba pericial, debemos remontarnos al momento en que se empezó a recurrir a la opinión y valoración autorizada de verdaderos expertos para llegar a conclusiones que se acercaran lo más posible a la verdad de los hechos que se pretendían demostrar.

Consta por evidencias históricas que los peritajes fueron surgiendo, principalmente, a partir de las falsificaciones en órdenes diversos, de manera que existiendo dudas sobre la verdad o la falsedad de un hecho, que a su vez podía conllevar una situación justa o injusta, era necesario buscar la manera de destapar los fraudes organizados¹²⁰. Por eso, el que simplemente se ofreciera la apariencia de lo contrario o se mostraran indicios de que algo no se correspondía en absoluto con lo que en sí es, invitaba a investigar sobre las causas que habían originado esa situación y, por tanto, sobre cómo se había producido ese fraude en sus más variadas versiones, analizando incluso si había mediado error o engaño.

Con el fin de conocer con la mayor precisión posible la evolución histórica de la institución jurídica que es objeto de este estudio, desarrollaremos a continuación su devenir histórico desde el surgimiento de la primera figura análoga a la pericia, teniendo en cuenta las novedades o peculiaridades de cada época histórica y la influencia que los diversos acontecimientos han ido teniendo en ella hasta llegar a su configuración actual. Debemos hacer un esfuerzo por adaptar nuestra mentalidad a la visión que ya en el

¹²⁰ Cf., MARTÍN SÁNCHEZ, T., *La prueba pericial judicial y extrajudicial*, Madrid, 2001, p. 11.

pasado se tenía sobre esta institución, así como la demanda que suscitaba este instrumento de cooperación en la búsqueda de la verdad.

Aunque en el ámbito jurídico civil y canónico se experimenta una evolución más o menos paralela, en cada uno de ellos, y de forma aislada, se aprecian connotaciones peculiares. Por eso, hablaremos en un primer momento de la evolución de la pericia civil y posteriormente, de su homóloga en el ordenamiento canónico, apelando a sus orígenes, hasta concluir en la figura jurídica actual.

Pese a que nuestro estudio se centra en la temática de los procesos matrimoniales en ambos ordenamientos, en el transcurso de la historia debemos dar cabida a las diferentes facetas para las que se fue previendo la necesidad de recurrir a un examen de expertos que, poco a poco, conseguiría erigirse en un instituto jurídico propio con unas características perfectamente definidas y delimitadas.

1.1. Evolución histórica de la prueba pericial en el ámbito civil

En el ámbito civil de la ordenación de las relaciones sociales podemos situar una época concreta en la que comienza a esbozarse la figura jurídica de la pericia como medio probatorio. Así pues, la pericia empieza a manifestarse “*en épocas posteriores al proceso romano clásico, ya que en éste el nombramiento del iudex correspondía a una persona experta en la materia, de manera que era juez y perito a la vez*”¹²¹. De este modo, los jueces eran nombrados para determinado tipo de causas, en función de la experiencia o conocimientos que poseían para resolver el asunto.

Durante la expansión del Imperio Romano y la formulación de su propio Derecho, destacó el *Digesto* de Justiniano como la ley más importante en relación a los expertos, donde, por ejemplo, se hablaba del necesario papel de las matronas para determinar el estado de embarazo de una mujer cuando el marido afirmaba que su mujer, separada de él, había quedado encinta durante el periodo de separación, siendo esta acusación refutada por la mujer¹²². Así pues, el *Digesto* asumía las enseñanzas de Ulpiano que había utilizado como fuente un antiguo rescripto imperial enviado al *Praetor Urbanus*, Valerio Prisciano¹²³. Dicho rescripto, siguiendo el ejemplo propuesto,

¹²¹ CHIAFFINO, M. *El Perito...o.c.*, p. 40.

¹²² *Digesto*, 25, 4.

¹²³ Cf. MAFFIONE, L., *Il perito nell'ordinamento canonico e civile italiano*, Roma, 2005, p. 15.

sugería lo que se denominaba “nueva consulta y remedio”, que en la práctica se traducía en mandar que la mujer sobre la que recaía la sospecha de embarazo fuera visitada por “*tres obstretrices probatae artis et fidei*”¹²⁴. La elección del experto correspondía al pretor para evitar que las partes pudieran disponer autónomamente y para garantizar la imparcialidad de los resultados obtenidos. Al acabar la labor de inspección, las matronas debían referir sus conclusiones al pretor.

Durante la época de las invasiones bárbaras o germánicas (s. V), debido a la inestabilidad que produjeron las continuas guerras y conquistas – que además precipitaron la caída del Imperio Romano—, el Derecho Romano se mantiene inalterable. Es más, la vigencia de la costumbre fue algo propio de los ordenamientos germánicos, que excluía de alguna manera cualquier tipo de norma sancionada por la autoridad¹²⁵. En esta época en la que Europa se mantuvo bajo el dominio de los pueblos bárbaros, el peritaje judicial no se practicó en el derecho de estos pueblos invasores, dado que resultaba incompatible con las costumbres que imperaron en materia de prueba judicial durante las fases denominadas étnicas y religiosa o mística¹²⁶.

A lo largo de la etapa que se llamó de la tarifa legal y que condujo a la civilización y evolución de las prácticas judiciales, dada la influencia que los canonistas imprimieron al proceso, vuelve a surgir la pericia sobre todo gracias a los prácticos italianos, inicialmente para determinar la causa de la muerte y el cuerpo del delito y posteriormente como un juicio de hechos por personas que se venían a considerar una especie de jueces que se pronunciaban sobre la cuestión sometida a examen. Más tarde, en el derecho común se traduciría en una especie de testimonio¹²⁷.

Así pues, es en la Edad Media cuando se produce una especie de transición, cuando el Derecho Canónico confluye con la práctica probatoria civil, de modo que admiten y mantienen un sistema casi común basado en el “juramento”, la “testifical” y la “pericia”¹²⁸. No olvidemos que durante la Edad Media y en otros periodos concretos de la historia, el poder temporal y el poder espiritual se confundieron, produciéndose fenómenos peculiares que dieron mayor o menor supremacía a uno u otro. Esto hizo que

¹²⁴ MAFFIONE, L., *Il perito nell'ordinamento...* o.c., p. 16.

¹²⁵ Cf. PEÑA GONZÁLEZ, J., *Derecho y Constitución*, Madrid, 2004, p. 123.

¹²⁶ Cf. DE SANTO, V., *La prueba pericial*, Buenos Aires, 1997, p. 27.

¹²⁷ Ibidem, 28.

¹²⁸ CHIAFFINO, M., *El Perito...* o.c., p. 42.

en algún momento hubiera una colaboración mutua entre ambos poderes, civil y eclesiástico, de manera que los temas de su competencia, en el orden material y espiritual, se encontraban frecuentemente relacionados.

El siglo XII, como intermedio entre las dos etapas de la Alta y Baja Edad Media, experimentó un progreso y aceleración económica y cultural¹²⁹ que exigió a su vez una regulación normativa exhaustiva y acorde a los tiempos. Esto propició que volviera a resurgir el Derecho Romano¹³⁰ y que, poco a poco, se fuera caminando hacia la creación de un solo ordenamiento jurídico que englobara tanto el Derecho civil como el Derecho Canónico, lo que sería denominado como *Ius Commune*¹³¹.

Sobre este punto, el Codex no contempla el peritaje de modo general, pero los canonistas se encargaron de elaborar las reglas a que debía someterse, distinguiendo así el *testis peritus* (perito testigo) del *peritus arbiter* (perito árbitro), *assessor* (asesor o auxiliador) o *consiliarius* (consiliario)¹³². Estas figuras irían evolucionando hasta conseguir purificar el concepto de perito como un sujeto autónomo que interviene en el proceso con una finalidad estrictamente probatoria, acorde así con la concreción de su verdadera naturaleza jurídica.

En el siglo XVI, en torno a la época del Emperador Carlos V, destacan los peritajes médicos que se hicieron a petición del Tribunal de la Inquisición en aquellos casos de abortos clandestinos, infanticidios, homicidios y lesiones. Surge, por tanto, la

¹²⁹ También en el resurgir de la cultura a través de la Universidad se acrecentó la convivencia de civilistas y canonistas, dedicándose a estudiar ambos Derechos e integrando mutuamente los conocimientos de cada jurisdicción que parecían ofrecer más elementos de encuentro que de separación. De hecho, se podía dar esta vinculación porque el Derecho Canónico medieval no representaba la confesionalidad que hoy ostenta, pues no sólo abarcaba cuestiones exclusivamente religiosas, sino que se involucraba en cuestiones civiles como contratos, herencias, matrimonio y causas matrimoniales (Cf. SOUTO PAZ, J.A., *Derecho Canónico*, v. I, Madrid, 1986, p. 58).

¹³⁰ Cf. PÉREZ GONZÁLEZ, J., *Derecho y... o.c.*, p. 123.

¹³¹ Nuestro ordenamiento jurídico civil ha derivado del *Ius Commune* del que también formó parte durante varios siglos, el Derecho Canónico. De hecho, cabría destacar la labor integradora y creadora del Derecho de la Iglesia a la hora de ordenar, construir y reglamentar muchas instituciones que quedaron confiadas sólo al Derecho Civil y que hoy en día forman parte del Derecho Privado y aún Público (Cf. MALDONADO, J., *Curso de Derecho Canónico para juristas civiles*, Madrid, 1967, p. 349).

¹³² Cf. DE SANTO, V., *La prueba pericial... o.c.* p. 28.

figura del Perito Forense y se refuerza a raíz de la promulgación de la *Constitutio Criminalis Carolina* promulgada en Francia en el año 1532¹³³.

Ya en el siglo XIX, la legislación para los asuntos civiles fue configurándose al margen de la normativa eclesial, si bien conservaba muchos elementos compartidos por la influencia originaria y común del Derecho Romano. Los avances de la modernidad fueron marcando una nueva etapa histórica en la consideración de los medios probatorios, sufriendo alteraciones considerables. Así pues, aún conservando la substancialidad del Derecho Romano, las legislaciones de la época moderna fueron orientándose de manera muy diferente a como lo habían hecho hasta ese momento y, como ejemplo, sirva recordar la creciente secularización que se operó en ellas.

En el caso español, la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855* (arts. 303-305) concentraba en tres artículos todo lo referido a la actuación de los peritos. De la lectura de los mismos podemos deducir que existía un gran margen de intervención de las partes en el nombramiento de los peritos, actuando el juez con carácter subsidiario en el caso de que las partes no se pusieran de acuerdo. Incluso, se establecen cuestiones específicas que las legislaciones posteriores acabarían por extender a la generalidad de los casos, como es el supuesto del perito tercero en el caso de que los peritos nombrados hasta el momento no se pusieran de acuerdo. Así pues, sólo para el perito tercero la Ley preveía la recusación en los términos que posteriormente expresa.

La *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881* constituyó más bien una recopilación de normas dispersas por diferentes textos. En relación a la prueba pericial, aparece incorporada dentro de los medios de prueba bajo la rúbrica “*Dictamen de Peritos*” (arts. 610¹³⁴ a 632). En esta normativa, pues, se introducen algunas modificaciones respecto a la legislación anterior sobre el nombramiento de los peritos y se recogen con detalle las funciones y el cometido de los mismos, reflejando una mayor coherencia y orden en la exposición.

¹³³ La conocida como “Lex Carolina” era un cuerpo de leyes del Sacro Imperio Romano Germánico que fue aprobado durante el reinado del Emperador Carlos I de España y V de Alemania (Cf. VON WEBBER, H., La “Constitutio Criminalis Carolina” de 1532, en: *Cuadernos de política criminal*, nº 86 (2005) pp. 125-137).

¹³⁴ La intervención de un perito psicólogo en los procedimientos matrimoniales era posible en virtud del art. 610 de la LEC de 1881, que establecía, con carácter general: “*podrá emplearse la prueba de peritos cuando para conocer o apreciar algún hecho de influencia en el pleito, sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos*”.

Resalta en esta época la confusión que operaba sobre el régimen de la prueba pericial y las contradicciones a las que se veía sometida por parte de la Jurisprudencia. Por ejemplo, venía a considerarse de manera uniforme que el sistema de peritos judiciales aseguraba mejor la contradicción y la imparcialidad que si se permitía la entrada a informes que provenían de terceros designados por las partes al margen del proceso¹³⁵, pero en alguna sentencia se sostuvieron afirmaciones como que los dictámenes extrajudiciales no tenían carácter de prueba¹³⁶ y en otros se decía que tenían valor de documental pre-constituida o como testifical a través de la declaración de los peritos en el proceso¹³⁷.

Era necesario, por tanto, que surgiera una nueva ley que tratara desde una perspectiva diferente tantas cuestiones que presentaban un planteamiento obsoleto y hasta, en parte, se planteaban como un obstáculo para la justicia. Así pues, la vigente *Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000* no supuso una reforma íntegra de la Ley de 1881¹³⁸, sino que se trataba de adaptar lo establecido en ella a las necesidades actuales, pues indicaba claramente que su objetivo era instaurar una justicia civil nueva y efectiva para garantizar la tutela judicial efectiva. De este modo, la prueba pericial quedó configurada de manera más integral, ágil y con una posición en el proceso que le aportaba un rango mayor¹³⁹. Una de las novedades radica en la autorización a las partes para presentar con los escritos iniciales los dictámenes procesales obtenidos fuera del proceso, aunque también se contempla la posibilidad de solicitar el nombramiento de

¹³⁵ ASENCIO MELLADO, J. M., *Proceso civil práctico*, vol. IV, Madrid, 2002, p. 621.

¹³⁶ F.J. 1.º de la STS 797/2000, de 24 de julio (ROJ STS 6248/2000): “Los informes técnicos aportados por las partes no son prueba pericial”.

¹³⁷ STS 69/1998, de 6 de febrero (ROJ STS 739/1998): “la mencionada auditoría... Simplemente se constituye como lo llamado doctrinalmente una pericia documentada o dictamen pericial extrajudicial, y que es una neta prueba documental que debe ser adecuada y ratificada a través de prueba testifical”.

¹³⁸ Exposición de Motivos, III, Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.: “Es necesaria, sobre todo, una nueva Ley que afronte y dé respuesta a numerosos problemas de imposible o muy difícil resolución con la ley del siglo pasado. Pero, sobre todo, es necesaria una Ley de Enjuiciamiento Civil nueva, que, respetando principios, reglas y criterios de perenne valor, acogidos en las leyes procesales civiles de otros países de nuestra misma área cultural, exprese y materialice, con autenticidad, el profundo cambio de mentalidad que entraña el compromiso por la efectividad de la tutela judicial, también en órdenes jurisdiccionales distintos del civil, puesto que esta nueva Ley está llamada a ser ley procesal supletoria y común”.

¹³⁹ Cf. RODRIGO DE LARRUCEA, C., *La contradicción en el dictamen...* o.c., p. 9.

peritos durante el transcurso del procedimiento¹⁴⁰. Además, se suprimieron los dictámenes periciales dirimientes realizados por un perito tercero nombrado por el juez si los informes designados a instancia de parte resultaban contradictorios.

En relación al comportamiento humano en las relaciones interpersonales familiares y sociales dentro del ámbito del matrimonio, qué duda cabe que en la actualidad se sigue investigando sobre las conductas y actitudes de las personas que en los procesos matrimoniales tienen una repercusión fundamental.

Cabe resaltar que la Ley 30/1981, de 7 de julio, *por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, y también la Ley 11/1981, de 13 de mayo, *de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, determinaron el panorama legal en el que el psicólogo debía intervenir en los procedimientos de familia, porque, al admitir en nuestro ordenamiento que la separación fuera consensual, disminuyó la intervención de los expertos psicólogos al no tener que probar las causas alegadas que sostenían la solicitud de la separación. Además, con la redacción del art. 92. 2 y 5 del Código Civil se recondujo la actuación de los psicólogos en los procesos matrimoniales precisando su intervención cuando fuera necesario para la búsqueda del beneficio del menor.

De hecho, con la creación de los Juzgados de Familia¹⁴¹ como órganos jurisdiccionales especializados en el conocimiento de los asuntos tan especiales que tienen cabida en este orden jurisdiccional, se ha querido afirmar esta relevancia al establecer la asistencia con carácter exclusiva de los Equipos Técnicos Psicosociales adscritos a estos Juzgados. Ciertamente, en otros órdenes jurisdiccionales también se podrán encontrar equipos técnicos y especializados que atiendan con cierta

¹⁴⁰ No cabe duda que el dictamen de peritos, por la forma en la que se ha configurado, ha experimentado en la LEC 2000 modificaciones trascendentales, de manera que lo convierte así en el medio de prueba cuya fisonomía más ha cambiado en la LEC 2000. (Cf. ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2000, p. 105; PICÓ I JUNOY, J. “Comentario al art. 335” en: LORCA NAVARRETE, A.Mª (Dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II., 2ª ed, Valladolid, 2000, p. 1882).

¹⁴¹ Los Juzgados de Familia se crearon, por primera vez, por Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, atendiendo a la disposición final de la ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó el código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y que solicitaba la creación y la puesta en funcionamiento de cuantos Juzgados de Primera Instancia fueran necesarios, allí donde las actuaciones relacionadas con el derecho de familia lo requirieran.

permanencia y preferencia también otros asuntos recurrentes, pero para los Juzgados de Familia esta característica comporta una singularidad propia.

En la Ley 30/1981, de 7 de julio, existían una serie de causas de separación y divorcio contenidas en los artículos 82 y 86 del Código Civil, y entre ellas se encontraban mencionadas, en ocasiones, los trastornos mentales, el alcoholismo o la toxicomanía. Por eso, la pericia médica en estos supuestos era necesaria para poder acreditar la causa que se alegaba como motivo de separación o divorcio, pero también se utilizaba la prueba pericial psicológica para probar indirectamente que la contraparte estaba provocando una conducta injuriosa o vejatoria hacia el cónyuge que pedía la separación, apoyándose en la primera de las causas contempladas en la redacción anterior del art. 82 CC¹⁴². De este modo se podía a su vez justificar que la parte que proponía la pericial psicológica estaba sufriendo un estado psicológico o anímico de ansiedad procedente de esa conducta injuriosa o vejatoria¹⁴³.

Ciertamente, el instituto jurídico de la prueba pericial está configurado en nuestro ordenamiento jurídico como verdadero medio de prueba sin que quepa cuestionar lo contrario. Incluso, su función en el proceso tiene un reconocimiento particular y su integración en la dinámica probatoria se encuentra asentada con solidez. Por eso, el Derecho de familia se sirve de este recurso que, sin lugar a dudas, se actualiza permanentemente con los estudios e investigaciones más recientes para dotar a la psicología Social de la Familia de instrumentos que aporten una información lo más veraz y ajustada posible sobre la unidad familiar.

1.2. Evolución histórica de la prueba pericial canónica

La primera referencia a la prueba pericial la encontramos en la dualidad del concepto desde la vertiente de los hechos y el derecho. Así pues, en los inicios del Derecho Canónico se hablaba de la “*peritia iuris*” y de la “*peritia facti*”, aludiendo la primera a los que aconsejaban o asesoraban al juez, mientras que la segunda venía a

¹⁴² art. 82 CC, redacción anterior a la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio: “*Son causas de separación: 1ª El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave y reiterada de los deberes conyugales*”.

¹⁴³ Cf. GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “Medios de prueba”, en: HIJAS FERNÁNDEZ, E. (Coord.), *Los procesos de familia: una visión judicial*, 2ª ed., Madrid, 2009, p. 461.

encarnar el verdadero significado de la pericia en sentido estricto¹⁴⁴. Los primeros obedecían más a una función auxiliar o de apoyo para con el juez y la pericia suponía el examen exhaustivo sobre los hechos en cuestión.

De los primeros siglos después de Cristo, cuando comenzó la expansión y desarrollo de la Iglesia, apenas hay una referencia explícita a la utilización de figuras afines a lo que podríamos entender como pericia, lo que no indica que ésta no se practicara o no se recurriera a ella para la resolución de controversias a favor de uno de los intereses enfrentados. Pero si consideramos la influencia relevante del Derecho Romano en la formación del Derecho Canónico, podemos concluir que se acudiría en términos parecidos al juicio de los expertos, conforme estuviera establecido por las disposiciones jurídicas romanas para áreas de conocimiento específicas, asumiendo los mismos medios con los que trabajaban y el tipo de ayuda ofrecida al juez para resolver las disputas judiciales¹⁴⁵. Entendemos que sobre este punto la diferencia en la práctica para cuestiones de tipo civil y religioso sería prácticamente nula, dado que, en principio, la ayuda de personas con dominio y conocimiento detallado de una materia no implicaba una alteración de los principios fundamentales del Cristianismo ni suponía una intromisión en su capacidad organizativa interna, y por ende, serían prácticas aceptadas y asumidas por la Iglesia directamente de las disposiciones del Derecho Romano. Así pues, el examen de la legislación romana relativa a la utilización de los expertos en los procesos judiciales revela la base sobre la que se construye la ley eclesiástica¹⁴⁶.

La historia del Derecho Canónico comenzó a adquirir protagonismo a partir de la contribución del maestro Graciano, como padre de la ciencia canónica, con la famosa obra del Decreto a él atribuida, siendo esta colección canónica la más importante del Medievo. Cuando en el s. XVI se aprobó oficialmente el Decreto, éste constituyó la *prima pars* (parte primera) del *Corpus Iuris Canonici*, manteniéndose en vigor hasta el Código de 1917. Ya en el Decreto comienzan a aparecer textos de los Padres de la Iglesia y del Derecho Romano que se pronuncian sobre la pericia y que son objeto de comentario posterior por parte de Decretistas y glosadores, estableciendo reglas

¹⁴⁴ Cf. BELENCHÓN, E., *La prueba pericial...o.c.*, p. 47.

¹⁴⁵ Cf. MAFFIONE, L., *Il perito nell'ordinamento... o.c.*, p. 13.

¹⁴⁶ Ibidem, 16.

concretas para la práctica de la pericia¹⁴⁷. En realidad, tal y como ha revelado la historia y las fuentes de la ciencia jurídica, tuvo gran importancia la formación del proceso romano-canónico que surge en el ámbito de la jurisdicción eclesiástica pero que posteriormente sería imitado por las jurisdicciones seculares, y a pesar de que el modelo de proceso parte de los elementos de ordenación procesal romano justiniana, la legislación y la doctrina canónicas terminaron por introducir modificaciones significativas, muchas de ellas muy innovadoras¹⁴⁸.

Sólo dos cánones del *Decretum* merecen nuestro un análisis detenido en relación a la utilización de expertos, concretamente obstetras, para el aspecto corporal. El primero de estos cánones, *Requisiti*, requería la prueba de la intervención de las obstetras en el caso de que ambas partes declararan la inconsumación¹⁴⁹. Esta glosa aclaraba que la intervención de la partera era necesaria sólo cuando la mujer no era virgen, pues era suficiente como prueba de la no consumación. Por otro lado, el segundo canon que traemos a colación, *Si quis accepit*, se refería al supuesto en el que sólo la mujer, después de un tiempo de matrimonio, declaraba que su marido no había consumado la unión¹⁵⁰. Si el marido se negaba, la norma establecía que su declaración tenía mayor validez respecto de la de la mujer y justificaba esa preferencia, afirmando “*quia vir est caput mulieris*”.

También las Decretales, que eran cartas que escribían los Papas respondiendo a cuestiones planteadas por los Obispos, recogían principios que, por analogía, servían para aplicar a otros casos que habían aparecido sobre la misma materia. La temática era diversa, pero se repetía: homicidio, consumación del matrimonio, agrimensura, escritura, etc. Mencionando personajes determinados y respuestas concretas a los asuntos que pudieran requerir una ayuda técnica, nos detenemos en algún que otro Pontífice, cuyas intervenciones provenían de algunos principios contemplados en el Decreto:

¹⁴⁷ Es muy conocido en este ámbito el texto de San Cipriano: “*manus obstetricum et oculi saepe falluntur*”, recogido en algunos de los cánones del Decreto, como el que referimos a continuación: C. XXVII, q. I, c. 4: “*Nec aliqua putet se posse hac excusatione defendi, quod inspici et probari possit, an virgo sit, cum et manus obstetricum et oculus sepe fallatur (...)*”.

¹⁴⁸ Cf. AGUILAR ROS, P. Y HERRERA BRAVO, R., Derecho romano y Derecho canónico. Elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas, Granada, 1994, p. 30.

¹⁴⁹ “*Requisiti*”, C. XXXIII, q.1.

¹⁵⁰ “*Si quis accepit*”. C. XXXIII q.1.

- Gregorio VIII. X, 2, 19, 4: “...viro autem per iuramentum suum constrarium asserente, vos in negotio procedere minime voluistis ...Videtur igitur nobis, quod iuramento puellae et testimonio illarum septem mulierum, quae ipsam per experientiam virginem asseverant, fides est potius adhibenda”. Aquí se sostiene que, pese a que exista un juramento reforzado por el marido, prevalecerá el testimonio dado por las comadronas sobre la demostración de la virginidad de la mujer.
- Inocencio III. X, 4, 15, 6: “... mulier cuidam viro matrimonialiter nupsit, cum quo per multos annos morata, non potuit carnaliter ab ipso cognosci ...volens ...habere certitudinem plenior, quasdam matronas ...providas et honestas ...ut mulierem ipsam prudenter inspicerent (...)”. Como consecuencia de lo que se probara en un examen en términos parecidos a la intervención anterior, Inocencio III señalaba la necesaria ruptura de un matrimonio si se consideraba que una mujer no era apta para el matrimonio.
- Honorio II. X, 2 19, 14: “Et quia ...saepe manus fallitur et oculus obstetricum, volumus et mandamus, ut adhuc honestas matronas providas et prudentes deputare curetis ad inquirendum, utrum dicta puella virginitatis privilegio sit munita (...)”. Como ya indicábamos al hablar de la alusión a la pericia en el Decreto, el Pontífice apela a la colaboración de matronas sabias y prudentes para inspeccionar físicamente a la mujer y probar así su virginidad.

La referencia a las Decretales anteriores nos ayudan a situarnos ante los primeros atisbos de una regulación más o menos estructurada, indicando y sugiriendo acudir al juicio de personas que pudieran corroborar hechos en base a su reconocida experiencia sobre la materia. No obstante, podemos percibir que todavía este tipo de pericias se encuentran entre la doble modalidad admitida hasta el momento, de la *peritia facti* y la *peritia iuris*. Aunque vemos que cada vez la pericia trata de adquirir cierta autonomía e independencia para ocupar el puesto que le corresponde dentro de los medios probatorios, aún es difícil entenderla al margen del testimonio o del consejo a los jueces. De hecho, resulta evidente que aún no ha quedado perfilada la naturaleza jurídica de la pericia en cuanto que algunos autores se apoyan en el adagio “*testis unus, testis nullus*” (un único testigo equivale a un testigo nulo) para referirse a la necesaria intervención de varios peritos, con lo que están presuponiendo que su aportación es similar al testimonio de un testigo, como alguien que da fe de un hecho. En medio de un

planteamiento tan plural, algún autor decretalista admitía que para casos graves¹⁵¹, como medida de proporcionalidad, se recurriera a varios peritos, mientras que algún otro defendía la suficiencia de un solo perito si su intervención garantizaba una reflexión coherente sobre el asunto propuesto¹⁵². En todo caso, ya en muchos procesos se evidenciaba que las sentencias se pronunciaban conforme al juicio de los expertos¹⁵³, lo que ratifica la importancia que se daba a su opinión, consejo o valoración.

Hasta finales del s. XVI toda la doctrina en torno al tema de la pericia se desenvuelve principalmente en el ámbito del matrimonio, sobre todo en lo que se refiere a la inspección corporal de los cónyuges, bien porque el matrimonio no había sido consumado o bien porque habría sucedido alguna situación deshonestista que uno de los cónyuges solicitaba aclarar. Aunque también hubo un listado amplio de intervinientes como peritos procedentes de las ciencias teológicas, abogados civilistas y canonistas en las causas contra los herejes, siendo éste un problema que preocupaba al catolicismo por la rapidez con que se extendían las doctrinas erradas y por el temor a que se produjeran actitudes cismáticas que pusieran en peligro la unidad del Cristianismo¹⁵⁴.

Durante los siglos XVII y XVIII se advierten pocos avances a la hora de distinguir un testimonio o un consejo de la actividad pericial, entendida como valoración técnica de unos hechos. No existía, por tanto, un acuerdo unánime para considerar la pericia como un medio de prueba fundado en la aplicación de unos conocimientos específicos y especializados en una materia, sino que todavía había quienes atribuían a los peritos la categoría de testigos. Poco a poco se empezará a fijar los límites de una u otra consideración tomando como referencia el método empleado por los testigos, que no es otro que la descripción de unos hechos conocidos a través de los sentidos, mientras que el de los peritos radica en la aplicación de una ciencia o los conocimientos de una profesión concreta¹⁵⁵.

¹⁵¹ Cf. PANORMITANUS, *Secunda pars commentariorum super secundum Decretalium*, Lugdunum 1531, L. 2, *De probationibus*, c. 4, fols. 7v-8, ns. 5-7.

¹⁵² Cf. DE BUTRIO, A., *Super secunda secundi Decretalium commentarii*, vol. IV, Venetiis 1578, L. 2, *De probationibus*, c. 4, fol. 4, n. 6.

¹⁵³ Cf. DURAND, G. *Speculum iudiciale*, Lib. II, 2, §3 nn. 26, 27.

¹⁵⁴ C. 12, *De hereticis*, V, 2, in VIº.

¹⁵⁵ Cf. BELENCHÓN, E., *La prueba pericial...o.c.*, 1982, p. 51.

También fue precisándose la normativa y la doctrina existentes en los conceptos y en la consideración de los principios informadores de esta figura jurídica por medio de las decisiones de la jurisprudencia de la Rota Romana y la Congregación del Concilio (en el año 1867, como órgano encargado de preparar el Concilio Vaticano I)¹⁵⁶. Ahora bien, transcurrieron cinco siglos desde el *Corpus Iuris Canonici* hasta que se pudo promulgar una norma relativa al recurso a los peritos en los Tribunales Eclesiásticos.

Ya en los siglos XIX y XX comienzan a aparecer tímidamente normas que dan una consistencia a la regulación de la pericia y de sus autores. Cabe destacar el *Codex procedurae civilis*, publicado el 22 de noviembre de 1817 por Pío VII, asumido en su mayor parte por Gregorio XVI en su *Regolamento legislativo e giudiziale per gli affari civili*, de 20 de noviembre de 1834. Es curioso que este Reglamento dirige la mirada hacia otros cuerpos normativos de Estados extranjeros, como Prusia o Francia¹⁵⁷, tomándolos como referencia. Así pues, se aplican las normas de dicho Código por las curias eclesiásticas de los Estados Pontificios en las causas civiles.

Más adelante, el 22 de agosto de 1840, la Sagrada Congregación del Concilio promulgó la Instrucción *Cum Moneat Glossa* que regulaba el procedimiento de las causas matrimoniales¹⁵⁸, concretamente para las declaraciones de impotencia. Encontramos en estas normas cómo antes de que las partes fueran interrogadas en el proceso, se indica que los esposos debían ser examinados por peritos psicólogos. Después, a petición del Defensor del Vínculo, se debía pedir la intervención de otros expertos para concretar los motivos de la no consumación del matrimonio, en este caso, a médicos, cirujanos, matronas u obstetras, dependiendo si la inspección debía hacerse al varón o a la mujer.

Para esta práctica se requerían una serie de formalismos claves garantizando así que se estaban tomando todas las precauciones para obtener un pronunciamiento por parte de los expertos basado en la verdad y también para no atentar contra la honorabilidad e intimidad del sujeto más allá de lo necesario en orden a probar si existía o no impotencia, si era física o psíquica, dónde estaba la causa, si era perpetua o temporal, curable o incurable, antecedente o posterior al matrimonio. Destaca, además,

¹⁵⁶ Cf. Ibidem, p. 52.

¹⁵⁷ Cf. BELENCHÓN, E., *La prueba pericial...o.c.*, p. 53.

¹⁵⁸ Cf. GASPARRI, P., *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. I, Romae, 1932, n. 4069.

que los peritos debían responder a un cuestionario preparado por el Defensor del matrimonio, jurando decir verdad y entregar su informe individualmente, indicando el método que se había usado y los términos de interés sobre la impotencia o la virginidad en el varón o en la mujer. Resulta curioso, en el caso de la inspección de la mujer, cómo incluso se establecía que la matrona debía confirmar que había estado presente en el momento del baño y de la inspección¹⁵⁹ y referir el comportamiento de los obstetras durante la inspección, dando lugar a que el juez pudiera solicitar aclaraciones sobre el informe y que el médico y el cirujano pudieran también emitir su propio juicio tras la lectura del informe.

Se observa, por tanto, que existía un protocolo estructurado y diseñado al detalle para no incurrir en un juicio precipitado, pues el objeto del procedimiento era la dispensa del vínculo —considerado válidamente contraído— por la razón de inconsumación del matrimonio.

Unos años después de esta Instrucción, el Santo Oficio promulgó otra Instrucción en 1858 en la que reiteraba que un proceso especial sólo podía tramitarse con la autorización del papa¹⁶⁰. Prácticamente, comprobamos que esta nueva norma apenas introduce grandes novedades, pues venía a recordar lo que ya estaba previsto en la Instrucción *CMG*. No obstante, ciertamente operaban algunos matices concretos como el número de peritos necesarios para determinar la potencia del varón, admitiendo esta última Instrucción que era suficiente con dos peritos (un médico de la psique y un cirujano), mientras que la Instrucción *CMG* exigía que el examen lo hicieran tres médicos y dos cirujanos. Igual ocurría para el caso de la inspección de una mujer, donde dos obstetras eran suficientes frente a las tres que se exigían en la anterior Instrucción.

Tanto para el caso de la inspección del hombre y de la mujer, la Instrucción, además, insistía en especificar las disposiciones y directrices y a seguir precisando, al mismo tiempo, cuál debía ser el objeto mismo de la pericia:

¹⁵⁹ Cf. GASPARRI, P., *Codicis Iuris...* o.c. n. 4069 en el parágrafo *Si querela*.

¹⁶⁰ SCSO, “Appendix quoad impedimentum impotentiae”, en: *ASS* 31 (1898-99) pp. 37-41.

- Se hacía hincapié en que se hicieran comprobaciones a nivel fisiológico, muy precisas, de manera que se pudiera obtener una información lo más fiable posible¹⁶¹.
- Al igual que en el caso del varón, se expresaban las distintas características que se deben acreditar sobre el cuerpo de la mujer, constatando aquello que tuviera y anotando aquello que le pudiera faltar¹⁶².

Se constata, por tanto, que se evoluciona hacia un sistema práctico, más ágil si cabe, a pesar de que aún presentaba signos de comprobaciones y exámenes con muchas formalidades.

Destacan también las normas de la Instrucción *Quemadmodum matrimonii* que el Santo Oficio envió en 1883 a los Obispos de Rito Oriental¹⁶³, donde se establecían unas pautas procedimentales a observar en las causas matrimoniales de diverso género. Nuevamente se detecta en relación al impedimento de impotencia que la Instrucción no escatima en dedicar toda la segunda parte a esta cuestión. Como novedad se va a introducir el juramento antes de proceder a inspeccionar al sujeto y tras entregar el oportuno informe, se confirmaba nuevamente con el juramento.

A pesar de que se recordaba la importancia de que fueran dos los peritos médicos que debían examinar al hombre y dos obstetras a la mujer, en caso de que no fuera posible por escasez de estos recursos humanos, bastaba que se recurriera a un solo perito con la condición de que, posteriormente, se enviara el informe a otra persona experta en medicina o cirugía que vivieran en el mismo territorio o fuera de otro lugar¹⁶⁴. Apreciamos, igualmente, cómo se matizan las excepciones en las que no cabe recurrir a la inspección, debiendo omitirse en caso de que la mujer fuera viuda o si

¹⁶¹ “(...) *Animadvertendum autem ut mediis utantur licitis et honestis, et perscrutandum praecipue utrum illius virilia sint iuxta naturae leges accurate conformata; nimirum an penis naturalem habeat dimensionem, promptamque erectionem ad coeundum necessario duraturam; an aliquo morbo fuerit affectus, a quanto tempore (...)*” (SCSO, “Apendix quoad impedimentum impotentiae”, en: ASS 31 (1898-99), en el parágrafo *Singulorum*, p. 38).

¹⁶² “*Accurate observunt signa integritatem mulieris constituentia, nimirum conformationes partium, iuncturam, duritiem, rugositatem, et colorem; an hymen sit integrum, vel confractum in totum vel in parte (...)*” (Ibidem, en el parágrafo *Corpus insuper*, p. 39)

¹⁶³ SCSO, “Instrucción *Quemadmodum matrimonii*, de 20 de junio de 1883”, en: ASS 18 (1885) pp. 344-386.

¹⁶⁴ Cf. MAFFIONE, L., *Il perito nell'ordinamento...* o.c., p. 55.

resulta evidente que la mujer había tenido relaciones sexuales con otro hombre antes o después de la separación del marido con el que persiste la controversia.

En relación a los peritos, resulta interesante que se fije, como criterio de admisión de los médicos y obstetras, que estos sean católicos, pero se dispensa este requisito si se constata que son íntegros, honestos y no están inscritos en ninguna asociación que obre en contra de la Iglesia Católica.

Como podemos comprobar, en esta época se acentúa una actividad normativa a favor de establecer con claridad los presupuestos reguladores de una cuestión que la Iglesia no podía permitir que se flexibilizara. Qué duda cabe que esta regulación particular se convertía en una especie de auditoría con el fin de preservar la integridad del vínculo matrimonial y sólo dispensar del mismo en aquellos casos en que la inconsumación del matrimonio fuera un hecho fehaciente.

A pesar de que la Instrucción se dirige a los católicos orientales, también podía ser aplicada para los católicos de rito latino, como se puso de manifiesto en un *monitum* integrado en la propia Instrucción. Un ejemplo, además, de interrelación entre las normas dadas a tal efecto lo encontramos con la Instrucción de la Congregación para la Evangelización de los Pueblos a los Obispos de Estados Unidos, donde no sólo se ratifica la similitud existente con la Instrucción del Santo Oficio a los Obispos orientales, sino que incluso, expresamente se hace una remisión a las normas dadas por el Santo Oficio a la hora de determinar si la impotencia era actual, antecedente y perpetua, absoluta o relativa: “*Hunc in finem prae oculis habenda erit instructio Suprae Congregationis S. Officii*”¹⁶⁵.

Posteriormente, las *Regulae Servandae*, de Pío X, recogerían expresamente en el Capítulo III, *De Peritis*, disposiciones normativas que serían a su vez acogidas en la regulación del Código de Derecho Canónico de 1917¹⁶⁶. Ya en estas normas se establecía que si el Turno de los Auditores acordaba la práctica de la pericia, el Juez Instructor debía escoger uno de los propuestos por las partes salvo que el Turno de Jueces se hubiera reservado esta posibilidad para proceder de oficio¹⁶⁷. Descartada la

¹⁶⁵ GASPARRI, P., *Codicis Iuris...* o.c., n. 4901 § 46.

¹⁶⁶ Cf. Pío X. *Regulae servandae in iudiciis apud Sacrae Romanae Rotae Tribunal*, en: AAS 2, vol. II, núm. 20 (1910) pp. 783-850. Dichas normas se contienen concretamente en 16 artículos comprendidos entre el número 120 y el 136.

¹⁶⁷ Cf. Ibidem, 823, Caput III, § 120.

opción de que pudiera el Juez Instructor elegir de oficio, se permitía que las partes pudieran escoger el perito comunicándolo previamente a la parte contraria¹⁶⁸. Ahora bien, concretamente para las causas relacionadas con la validez del matrimonio, la Sagrada Ordenación y la profesión religiosa, se admitía que se pudiera proceder al nombramiento de oficio de uno o más peritos consultores independientemente de lo que hubieran pedido las partes o de los que hubieran sido designados por ellas. Esto ya venía a ser el preludio de la exigencia de la pericia en la formulación de distintos supuestos de nulidad matrimonial y que se concretaría con más detalle en las codificaciones posteriores.

En relación al número de peritos, se dejaba a discreción del turno de jueces o del Juez Instructor, debiendo tener en cuenta la petición de las partes y también la naturaleza del objeto en cuestión¹⁶⁹. Por tanto, se mantiene la regla de suavizar la exigencia de un número concreto, dejándolo a merced de lo que el asunto en sí requiriera, atendiendo a su gravedad, importancia y también, cómo no, a las evidencias que pudiera presentar contrarrestando con otras pruebas.

En el decreto por el que se procedía al nombramiento de los peritos, además de fijar el objeto de la pericia y de dar las instrucciones oportunas para guiar la práctica de la pericia, se debía hacer alusión al modo en que debía ser redactado el informe: o cada perito lo redactaba y firmaba de forma individual, entregando tantos como peritos intervinieran en la causa, o se elaboraba un solo informe, firmado por todos los peritos, que recogiera la opinión mayoritaria de todos ellos dejando constancia de los puntos en los que había disconformidad pero sin mencionar al autor de la discrepancia¹⁷⁰.

Por último, se hacía constar la necesaria remuneración de los peritos intervinientes en la causa, de manera que quedara perfectamente delimitada la cantidad y la parte que debía hacer frente a ese coste¹⁷¹, bien porque hubiera pedido la pericia o porque le beneficiara directamente.

Para las causas de nulidad promovidas por el capítulo de impotencia, se remitía a las normas de la Instrucción *CMG*, pero en aquellas con un componente de naturaleza

¹⁶⁸ Cf. Pío X. *Regulae servandae...* o.c., § 121.

¹⁶⁹ Cf. Ibidem, § 122.

¹⁷⁰ Cf. Ibidem, § 125, 1.

¹⁷¹ Cf. Ibidem, § 130, 1-2.

psíquica no consta que en las normas precodiciales se estableciera un proceder al respecto. Se supone que el juez se serviría de los testimonios de los testigos que afirmarían la existencia de la locura o el delirio sin que se planteara, en aquel momento, el parecer de especialistas en psiquiatría¹⁷².

Por tanto, a pesar de que la intervención de los expertos se movía en la doble vertiente de definir las causas y efectos que producía un hecho desde las reglas de su propia ciencia o de analizar su naturaleza y las circunstancias adyacentes, y, por ende, su cometido parecía quedar suficientemente acotado en las correspondientes regulaciones, su posición en el proceso terminaba siendo equiparada, más bien, a la de los testigos.

Dentro ya de la Edad Contemporánea, siguiendo el ejemplo del devenir histórico-jurídico de algunas naciones europeas, se planteó para la Iglesia un tiempo de renovación para adaptarse así a la imperiosa necesidad de reunir los textos diseminados en diversas colecciones para dar paso así a una legislación codificada, surgiendo el Código de Derecho Canónico promulgado. En relación al tema que nos ocupa, todo lo referido a los peritos se encontraba integrado en el Capítulo tercero del Título X, Libro IV del Código Pío-Benedictino¹⁷³, más concretamente, en los cánones 1792 al 1805. No obstante, hemos de señalar que también, al publicar las Normas del Tribunal Apostólico de la Rota Romana, al restablecerse éste en 1909, se regula esta materia de los peritos.

Esta primera codificación atribuye a la prueba pericial un significado propio y una naturaleza probatoria fuera de toda duda, sobre todo cuando en el c. 1982 CIC'17, refiriéndose a la participación de los peritos para las causas de falta de consentimiento por amencia, distinguía claramente entre lo que constituía un examen al enfermo

¹⁷² Esto se confirma con la existencia de alguna que otra sentencia por parte del Tribunal de la Rota Romana a principios del siglo XX, que ante supuestos en los que uno de los contrayentes manifestaba el padecimiento de una enfermedad psíquica, no se consideraba oportuno, por ejemplo, que unos doctores que habían atendido al cónyuge enfermo intervinieran como expertos, bastando que lo hicieran como simples testigos (Cf. *coram Many*, de 23 de diciembre de 1909, en SRRD 1, 1912), o que concurriendo múltiples signos y evidencias que confirmaban la enfermedad, la intervención de un especialista serviría únicamente para determinar la causa de la enfermedad y aconsejar las posibles soluciones o remedios (Cf. *coram Many*, de 27 de junio de 1916, en SRRD 8, 1924).

¹⁷³ El Código de Derecho Canónico de 1917 recibió el nombre de *Pío-Benedictino* haciendo honor a los dos pontífices que lo impulsaron. Así pues, Pío X creó en el año 1904 una Comisión con la encomienda de redactar un Código de Derecho Canónico. Esta ardua tarea se prolongó durante doce años de intenso trabajo para concluir finalmente con el Código de Derecho Canónico promulgado por el Papa Benedicto XV el 27 de Mayo de 1917.

obteniendo como resultado un dictamen en base a las normas técnicas, con lo que significaba oír “*como testigos a los peritos que lo hayan visitado antes*”¹⁷⁴. Incluso, de no exigir a un experto una práctica especial o el pronunciamiento desde una ciencia concreta, podría incluso considerarse al perito como testigo de credibilidad, como ya apuntaba algún comentarista para este precepto¹⁷⁵.

La inspección corporal en las causas sobre impotencia o de no consumación del matrimonio (c. 1976 CIC’17) sigue siendo un tema que se mantiene prácticamente en la literalidad de las reglas dadas en años anteriores y que fue recogido en el Capítulo IV del Título XX del Libro IV del Código de 1917 bajo la rúbrica “De las probanzas”.

Llama la atención que en esta codificación nada se dice sobre los peritos privados o de parte, pues sólo se hace referencia a los peritos nombrados de oficio según verificamos en los cánones 1793¹⁷⁶, 1979 §1 y 2 y 1982. Desde luego, se percibe en este rechazo que quizá existiera el temor de que la imparcialidad del perito de parte pudiera verse contaminada y condicionada por el hecho de que había sido contratado por la parte, emitiera una valoración sesgada y pudiera terminar afectando a la imparcialidad del juez a la hora de dictar sentencia. En realidad, no acabamos de entender qué intención había detrás de la decisión de dejar al margen del proceso a los peritos de parte si por otro lado se permitía que, habiendo tratado a las partes, pudieran intervenir como testigos. El tiempo y la praxis en la actividad probatoria demostrarían que el dictamen del perito privado podría tenerse en cuenta y valorarse como un elemento más en el conjunto de las pruebas.

¹⁷⁴ Este precepto se encontraba relacionado con el c. 1978 del CIC’17 donde se prohibía expresamente que se admitiera para el cargo de peritos a quienes hubieran reconocido privadamente a los cónyuges acerca del hecho en que se funda la petición de declaración de nulidad o inconsumación pero sin embargo, no se impedía que los mismos pudieran ser presentados como testigos.

¹⁷⁵ Cf. CABREROS DE ANTA, M., Com. C. 1792, en: *Comentarios al Código de Derecho Canónico de 1917*, Madrid, 1964, vol. 3, p. 568.

¹⁷⁶ En este canon se excluye tajantemente la posibilidad de que las partes puedan designar a los peritos, estableciendo que es competencia del juez tanto la elección como la designación, dejando únicamente abierta la posibilidad a que las partes pudieran rogar esta designación al juez, bien por ambas partes o por una con el consentimiento de la otra.

La Instrucción *Provida Mater Ecclesia* de 1936¹⁷⁷, de la Congregación para la Disciplina de los Sacramentos, recoge una importante referencia a la labor de los peritos, principios normativos que serán rescatados más adelante por la normativa hoy vigente y que ayudarán a completar las disposiciones del compendio codicial actual. No obstante, es criticable que la frontera entre el perito y el testigo no estuviera claramente marcada, sino que la referencia a una y otra figura padecían una notable ambigüedad. Será la jurisprudencia rotal la que, poco a poco, irá perfilando la auténtica naturaleza de la labor pericial, y así, en los diversos conceptos manejados (conjueces, árbitros o testigos técnicos), ateniendo a la evolución paulatina del término, confirmarán la importancia de un diagnóstico específico que garantice el correcto ejercicio de la función judicial en una materia tan delicada¹⁷⁸.

En el tiempo entre la codificación de 1917 y el Código vigente, resulta significativa la aportación de las Disposiciones o normas particulares a aplicar por los Tribunales Eclesiásticos de Estados Unidos de América, como anexo al *Rescriptum Consilii pro publicis Ecclesiae Negotiis* del 28 de abril de 1970¹⁷⁹, donde, en relación a los peritos, se establecía una fase de consulta previa a la defensa de las partes privadas, antes de nombrar al perito judicial o la posibilidad de pedir una pericia supletoria si el caso así lo aconsejaba¹⁸⁰.

El Código de Derecho Canónico de 1983, vigente en la actualidad para la Iglesia Latina, reúne en ocho cánones todo lo referido al perito en general y a la pericia como prueba incorporada al derecho de forma tardía. La redacción de estos cánones, sobre todo al estudiarlos en comparación con la legislación civil, van a provocar la necesidad de enjuiciarlos y proponer fórmulas complementarias que ayuden a suplir las carencias que presenta dicha normativa.

¹⁷⁷ CONGREGACIÓN PARA LA DISCIPLINA DE LOS SACRAMENTOS, “*Instructio Servanda a Tribunalibus dioecesanis in pertractandis causis de nullitate matrimonii* de 15 de agosto de 1936”, en: *AAS* 28 (1936), 313-361.

¹⁷⁸ Cf. MAFFIONE, L., *Il perito nell'ordinamento...* o.c., p. 79.

¹⁷⁹ “*Rescriptum Consilii pro publicis Ecclesiae negotiis*” en: *Periodica*, 59 (1970) pp. 953 y ss.

¹⁸⁰ En la lengua original, reproducimos el apartado que así lo contempla: “*In cases of involving physical or psychic impotence and lack of consensual capacity, the judge, after consultation with the advocate and the defender shall designate one or more experts to study the acts of the case and submit a written report thereon. When advisable, this expert will examine the party or parties to the case and will include in his report the results of examination. The oral testimony of the expert is to be taken only if his report requires clarification or implementation. Following consultation with the advocate and the defender, the judge may appoint additional experts*”.

En el año 2005 se publicó la Instrucción *Dignitas Connubii* sobre las normas a seguir en los Tribunales Eclesiásticos en materia de nulidades matrimoniales. Dicha Instrucción, procedente de la potestad ejecutiva vicaria de la que gozan los Dicasterios de la Curia Romana (en este caso, del Pontificio Consejo para los textos legislativos) reproduce textos de los cánones del Código de Derecho Canónico y de la Instrucción *Provida Mater* de 1936 –algunos literalmente y otros con alguna variación–. En relación a los peritos, podremos comprobar que la Instrucción dedica en sus disposiciones más artículos (concretamente once) que el Código de Derecho Canónico. Una de nuestras tareas fundamentales a lo largo de este trabajo de investigación será la de presentar qué aporta esta Instrucción como novedad al tema o de qué modo incorpora disposiciones antiguas pero con plena vigencia.

Por último, encontrándonos en un periodo de transición tras la reciente publicación del Motu Proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus*, no habiéndose modificado las normas previstas para el proceso contencioso ordinario y aplicables a los procesos canónicos de nulidad matrimonial, tan sólo advertimos a primera vista la omisión de la realización de la prueba pericial –al menos no parece concretarse– en el procedimiento breve ante el Obispo. Se supone que estaría comprendida en el conjunto de pruebas posibles pese a que es cuestionable cómo se va a proceder en la práctica, precisamente por cómo está concebido y diseñado este proceso.

1.3. Apreciaciones sobre el régimen comparado en la historia de la prueba pericial

A pesar de haber querido separar la evolución histórica del concepto de prueba pericial en el ordenamiento civil y canónico, reconocemos que en los procesos matrimoniales ambos comparten una historia similar, aún con matices bien definidos en función de la finalidad y el objeto de cada proceso. De hecho, ambas jurisdicciones reconocen como válidos los dictámenes periciales emitidos y utilizados en los procesos matrimoniales tramitados según su correspondiente legislación. Esto sucede, en parte, porque la oficialidad de la titulación que ha de tener el perito se exige en las dos jurisdicciones y ser experto significa que esa pericia viene avalada por un órgano o institución oficial.

Esta aceptación no significa que se estén canonizando los trámites de los procesos civiles ni a la inversa, sino que, llegado el momento, por ejemplo, de solicitar

el reconocimiento de efectos civiles a una sentencia eclesiástica, ésta debe ser considerada por parte del juez ajustada al Derecho del Estado¹⁸¹ conforme establece el art. 80 CC y según el procedimiento judicial de exequátur. Además, este trámite que hasta a la entrada en vigor de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de *cooperación jurídica internacional en material civil*, se venía cursando por la aplicación del ya derogado art. 954 LEC, ha venido considerándose –pese a no estar reconocido expresamente– como un procedimiento matrimonial especial en virtud de lo dispuesto en el art. 778 LEC y el Convenio de Bruselas II¹⁸², donde se recogen cuestiones sobre la eficacia de resoluciones eclesiásticas en la Unión Europea. En esta actividad procesal, pues, no se va a decidir ni tampoco examinar un derecho material de quienes litigaron ante la jurisdicción eclesiástica, sino que tan sólo se establece un derecho del Estado de fiscalización o control a modo de filtro para oponerse a toda sentencia que no reúna los requisitos impuestos por el ordenamiento estatal¹⁸³. Y, por tanto, el reconocimiento del iter procesal que establece la normativa canónica incluye el trámite de la proposición y práctica de la prueba pericial, de manera que tácitamente se está admitiendo su práctica y considerándola con efectos similares a los que tendría en cualquier proceso civil, pues forma parte de los elementos probatorios que fundamentan la resolución judicial.

A la inversa, puede ocurrir que en un proceso matrimonial canónico se admita como prueba documental una pericia o dictamen emitido para un proceso civil de separación o divorcio, y que se traiga al proceso canónico para evidenciar hechos o para corroborarlos. Son muchas las ocasiones en las que se trae al proceso de nulidad documentación proveniente de actuaciones judiciales civiles (de la jurisdicción penal o civil) por la relevancia que comporta para el proceso canónico, como denuncias por agresiones y malos tratos, expedientes judiciales de embargos y deudas, incluso los

¹⁸¹ Según este artículo ya derogado, la sentencia no debía contradecir el orden público, de manera que se exigía un control formal según la condición expresada en el apartado 1º, 2º y 4º del art. 954 LEC y junto a este, un control de fondo, manifestado en la condición 3ª del mismo artículo.

¹⁸² Cf. art. 26 Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: “*La confianza recíproca en la administración de justicia dentro de la Unión justifica el principio de que las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro sean reconocidas en todos los Estados miembros sin necesidad de procedimiento especial alguno*”.

¹⁸³ Cf. BONET NAVARRO, A., “Comentario a la disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, en Matrimonio y Divorcio”, en: LACRUZ BERDEJO, J.L. (Coord), *Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil*, 2ª ed., Madrid, 1994, pp. 1396 y 1397.

informes de los peritos psicólogos o de los miembros de los Equipos Técnicos adscritos al Juzgado.

Por tanto, con todo este se demuestra la importancia que ha ido adquiriendo la prueba pericial a lo largo del tiempo y el lugar en el que se ha posicionado, pues sobre todo en aquellos procesos en los que el objeto requiere claramente una especialidad técnica, la prueba pericial parece revestir para el caso mayor jerarquía y, si cabe, también una mayor importancia decisiva.

Si comparamos brevemente el surgimiento de la prueba pericial y su presencia y utilidad en los procesos de familia en ambas jurisdicciones, se constata un incremento cuantitativo proporcional al número de rupturas que se registran. Pero quizá queda demostrada una mayor constancia en su uso para los procesos matrimoniales canónicos, sobre todo si acogemos la crítica de algunos sectores de la abogacía que litigan en la jurisdicción civil para los procesos de familia, exponiendo su queja de que algunos Juzgados no aceptan la pericial de parte y tan sólo recurren al servicio de los equipos psicosociales aún cuando su actuación no está sujeta a la Ley. Así pues, la Iglesia, al legislar con carácter universal sobre la base de unos principios doctrinales inmutables, como es en este caso la indisolubilidad del vínculo matrimonial, ha ido adaptando la normativa a la casuística resultante entendiendo, desde el primer momento, que la colaboración de los expertos en medicina y en psicología y psiquiatría adquiere una importancia singular en el proceso hasta el punto de que en algunos supuestos deviene en obligatoria. En nuestro ordenamiento civil, el derecho de familia ha ido evolucionando a medida que los cambios generacionales y sociales lo iban demandando, quedando a merced en los dos últimos siglos de los movimientos de los regímenes políticos y de gobierno que se iban imponiendo en España, lo que, unido a la gestación de normas, que tan pronto se aprobaban como quedaban derogadas, ofrecían un panorama legislativo de cierta inestabilidad.

2. La naturaleza jurídica de la pericia

2.1. Introducción

Cuando se utiliza el término *Pericia* encuadrándolo en el conjunto de medios de prueba, estamos englobando una serie de circunstancias que conforman esta compleja realidad: el sujeto que actúa como perito, su cualificación para ejercer una encomienda y su función específica dentro de un proceso, el dictamen o informe que ha de elaborar a partir de unos criterios previamente indicados, la valoración u opinión vertida en la sede del Tribunal por medio de un interrogatorio en base a su escrito, etc. Por tanto, a la hora de desarrollar la prueba pericial atenderemos a todos y cada uno de estos elementos, que serán los que igualmente nos posibiliten entender cuál es la verdadera naturaleza de la prueba pericial dentro de un proceso (ya sea en el ámbito civil o en el canónico).

De acuerdo a la terminología empleada, es obvio que pretendemos desarrollar la pericia dentro de ámbitos legales y jurídicos, pero sería necesario hacer una breve presentación de lo que comporta la pericia en términos genéricos. El propio concepto remite a otros sinónimos que aportan una definición unitaria, como son la sabiduría, experiencia y habilidad en una ciencia o en un arte concreto. A partir de aquí, la configuración del término “pericia”, trasladado al plano jurídico, recibe un significado propio, informando la realidad procesal desde su calificación como medio probatorio.

Tanto en el ordenamiento civil como en el canónico, la legislación procesal sitúa la pericia dentro de los medios de prueba, lo que en principio favorece el reconocimiento automático de su naturaleza probatoria. Pero además, esas cualidades y características que se han ido desgranando vienen a congregarse en torno a la finalidad de la pericia¹⁸⁴, que no es otra que buscar el convencimiento del juez, de manera que todo aquel medio utilizado para constatar la certeza positiva o negativa sobre hechos que se encuentran controvertidos¹⁸⁵ o son dudosos y cuyo objetivo sea persuadir al juez, viene a considerarse un medio de prueba en toda regla.

Examinando los procesos matrimoniales y la finalidad de la pericia al amparo de estos, encontramos marcadas diferencias en los dos ordenamientos jurídicos objeto de

¹⁸⁴ Cf. FONT SERRA, E., *La prueba de peritos...o.c.*, p. 11 y MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 2014, p. 205.

¹⁸⁵ Cf. DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II...*, o.c., pp. 105-106.

nuestro estudio, enraizadas a su vez en el objeto mismo de los procesos matrimoniales. Así pues, la pericial en los procesos de familia en el ámbito civil tiene por finalidad aportar conocimientos científicos en relación con la psicología infantil y otras ramas del conocimiento que se refieran a las relaciones interpersonales. Se busca, por tanto, acudir a la evaluación psicológica forense que elabore un dictamen sobre el objeto en litigio.

Por otro lado, si observamos cómo opera la finalidad de la pericial en los procesos matrimoniales canónicos percibimos que ésta guarda estrecha relación con el descubrimiento de la verdad objetiva y la demostración de cuál es la causa –si la hay– que ha podido producir la invalidez del consentimiento emitido para que sirva así para reforzar o rebatir las tesis sostenidas por una o ambas partes en el proceso, clarificando los aspectos que pudieran resultar más controvertidos.

Además, veremos cómo se ponen de manifiesto en ambos ordenamientos algunas diferencias a la hora de fijar la naturaleza jurídica de la pericia y cómo puede esto influir en la consideración y valor que tiene en los procesos matrimoniales y dentro de estos, ante determinados supuestos.

2.2. Naturaleza jurídica de la prueba pericial en el ámbito civil: consideraciones generales

Al hablar de la naturaleza jurídica, estamos aludiendo a la esencia o propiedades que caracterizan un instituto o figura jurídica: en este caso, nos referimos a la naturaleza jurídica de la pericia para concretar cuál es su configuración en el marco de la normativa procesal y cuáles son sus cualidades esenciales. Y lo hacemos previamente a enunciar los elementos y caracteres que la identifican como tal y que definen sus atribuciones propias y su misión concreta dentro del proceso. Por eso, al mismo tiempo que se verifica cuál es la verdadera naturaleza de esta actividad, podremos precisar cuál es la condición jurídica del perito en el ejercicio de su cometido. Para eso será fundamental que distingamos entre lo que supone una fuente de prueba (en este caso el perito, técnico o experto) y un medio de prueba (constituido por el dictamen o informe emitido por el perito, técnico o experto)¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Cf. LEDESMA IBAÑEZ, P., “La prueba pericial en la LEC. Problemática detectada en la práctica judicial”, en: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La prueba pericial en el proceso civil*, Madrid, 2006, p.18.

Una de las razones aducidas para justificar la falta de clarificación sobre la naturaleza jurídica de la pericia ha sido la no separación completa de otras instituciones procesales, como podría ser el testimonio de testigos, la inspección judicial o el arbitraje, entre otros¹⁸⁷. El conflicto ha surgido principalmente respecto a su distinción de la prueba testifical, buscando deslindar de manera tajante los campos de ambas instituciones procesales¹⁸⁸, algo que ya hemos introducido brevemente en el capítulo anterior. No obstante, con el paso de los años y la sucesión de una normativa en constante evolución, el alcance de la pericia ha quedado más o menos delimitado, defendiendo la naturaleza de la misma como un elemento de carácter fundamentalmente probatorio dentro de los diferentes medios de prueba que tienen cabida en el proceso. Esto no obsta para que todavía algunos defiendan el instituto jurídico de la pericia como un modo de auxilio del juez.

Al respecto, sería interesante acudir a la reflexión que sobre este tema hace el Prof. De la Oliva, aludiendo a que la polémica acerca de si el perito es un auxiliar del juez o la pericia un medio de prueba proviene de la diversidad de dictámenes y de funciones o cometidos de los mismos¹⁸⁹. Como veremos más adelante, cuando desarrollemos esta cuestión más pormenorizadamente, es más propio y correcto referirse a la pericia como un medio de prueba, aunque el estudio de esta figura en ambos ordenamientos jurídicos nos va a aportar visiones diferentes. De hecho, la clave de esta consideración se encuentra no sólo en la forma en que el Derecho considera y califica a la pericia, sino también en la proposición de la prueba, pues generalmente, el juzgador no puede ordenarla de oficio, algo que sí podría ocurrir en caso de que los peritos fueran auxiliares del juez¹⁹⁰. Aunque veremos cómo esta facultad, para los procesos matrimoniales, sí cabe para el juzgador al tratarse de procesos no dispositivos que legitiman su intervención de oficio.

La naturaleza jurídica de un instituto o figura del Derecho se corresponde con su esencia, su origen o la causa que lo inspira. Se trata de verificar cuál es la fuente de la que emana un determinado reconocimiento jurídico que, a su vez, produce unos efectos

¹⁸⁷ Cf. CHIAFFINO, M. *El Perito y la Prueba*, Buenos Aires, 1988, p. 5.

¹⁸⁸ Cf. VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C., *Naturaleza jurídica de la pericia*, Madrid, 1951, p. 18.

¹⁸⁹ Cf. DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II...*, o.c., p. 195.

¹⁹⁰ Ibidem.

jurídicos concretos. En esta esencia, a su vez, se inserta la finalidad para la que esa figura jurídica ha sido creada. Interesa, por tanto, precisar cómo surge la pericia, por qué surge y para qué se utiliza, y en virtud de este análisis, comprobar si la regulación otorgada por la ley es la más adecuada y ajustada en base a esa naturaleza.

En lo que respecta al origen de la pericia, surge en la medida en que se hace necesario apoyar unas pretensiones y demostrar unos hechos, de manera que su función específica obedece a una necesidad creada por el debate que existe en el pleito en curso. Y esta necesidad de la pericia procede bien de las partes, como una opción privada para mejor defender su derecho o, para el caso específico de los procesos de familia, como una alternativa a la que puede recurrir el juzgador siempre que prevea que con ella podrá alcanzar la certeza sobre la verdad de los hechos.

En la finalidad de la pericia también podemos encontrar una remisión implícita a lo que configura su verdadera naturaleza. Qué duda cabe que el fin al que se orienta o tiende la pericia nos proporciona a su vez información sobre su naturaleza jurídica, sobre todo si advertimos que se analizan unos hechos que se materializan en un informe que luego va a formar parte del conjunto de medios probatorios. Y esto es así porque, ciertamente, la pericia no trata de delimitar los hechos sobre los que debe versar el proceso, ni tampoco busca dar testimonio de lo que las partes hubieran alegado, sino que lo único que puede hacer es interpretarlos y valorarlos, ilustrando así al órgano juzgador y supliendo en parte la carencia que éste pudiera tener sobre la cuestión que requiere un conocimiento más especializado.

A la hora de definir la finalidad de la pericia encontramos la clave para corroborar que su orientación es estrictamente probatoria, pues tanto si se trata de valorar un objeto como de precisar sus características, el fin siempre va a ser la aportación de un dictamen que sirva para demostrar o probar un hecho. Pero en esa finalidad no se puede separar el contenido del resultado del dictamen, de manera que ambas partes constituyen un argumento probatorio unitario. El juez no sólo no puede quedar vinculado exclusivamente por un informe pericial sino que tampoco puede valorarlo en el conjunto de las pruebas partiendo únicamente del resultado o conclusión del perito. Deberá, pues, valorar el contenido del dictamen en función de los demás medios de prueba y del objeto del proceso¹⁹¹.

¹⁹¹ Cf. SAP de Almería 176/2007, de 23 de noviembre, Sección 3ª (Roj SAP AL 802/2007).

Aún gozando el perito de esa consideración, como ayuda para el Juez, éste puede incluso escoger el que más le convenga entre varios informes que fueran aportados, lo que ratifica que la libertad del Juez para discriminar las pruebas presentadas opera también para los dictámenes elaborados por los Peritos, reforzando por tanto la tesis de la naturaleza jurídica de la pericia como un auténtico medio de prueba.

El estudio y análisis de la naturaleza jurídica de la pericia en el marco doctrinal se encuentra caracterizada por una diversidad de opiniones, y por ende, la controversia doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la pericia todavía se encuentra abierta, suscitando los siguientes interrogantes: ¿es la pericia un verdadero medio de prueba? ¿es un auxilio del juez? La doctrina mayoritaria sostiene que la pericia pertenece al ámbito de la prueba, considerándola un verdadero medio probatorio¹⁹². Para ello, se posiciona con los siguientes argumentos:

- Con su actividad se busca convencer al juez sobre la existencia o inexistencia de los datos procesales¹⁹³, es decir, la finalidad es claramente probatoria ya que tiende a obtener la certeza positiva o negativa de afirmaciones de hechos que han realizado las partes.
- Al proceso se llevan los conocimientos especializados del perito para que los hechos controvertidos que deben ser conocidos y convenientemente apreciados puedan quedar fijados formalmente¹⁹⁴.
- Generalmente, el perito es nombrado por las partes de forma ordinaria¹⁹⁵ a pesar de las especialidades contempladas para los procesos de familia en las que se permite que el juez pueda ordenarla de oficio.
- El dictamen puede llegar a introducir hechos o circunstancias fácticas nuevas¹⁹⁶.

¹⁹² Estos corriente doctrinal está representada por De la Oliva Santos, Guasp, Montero Aroca, Font Serra o Rifá Soler, entre otros.

¹⁹³ Cf. GUASP DELGADO, J., Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil, T. II, Vol. I., 1947, p. 608; Cf. GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal...* o.c., p. 385.

¹⁹⁴ Cf. FONT SERRA, E., “El dictamen de peritos...” o.c., p. 36.

¹⁹⁵ Cf. RIFÁ SOLER, J.M^a, “Comentario al art. 335 LEC”, en: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A., RIFÁ SOLER, J.M^a Y VALLS GOMBAU, J.F., (Coords), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2000, p. 1572.

¹⁹⁶ Cf. DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II...*, o.c., pp.194-195.

- La finalidad de la actividad que realiza el perito es estrictamente probatoria¹⁹⁷.

Pero hay otros autores que defienden su condición de gran auxiliar del juez¹⁹⁸. Quienes sostienen la tesis de que el perito es un auxiliar del juez parten de los siguientes presupuestos:

- Que la posibilidad de conocer, valorar y apreciar los hechos corresponde al juez¹⁹⁹.
- Que la pericia no introduce hechos nuevos, sino que sobre los hechos que han sido aportados, viene a proporcionar al juez máximas de experiencia para complementar su capacidad de juicio²⁰⁰.
- Que la actividad del experto opera en una fase secundaria o posterior a la de los demás medios de prueba, de manera que representa uno de los elementos de elaboración en la génesis lógica del pronunciamiento judicial²⁰¹.
- Que la función del perito se centra únicamente en el auxilio a la función jurisdiccional y no se encuentra bajo la influencia de las partes, configurando el dictamen pericial como la aportación al proceso de aquellos conocimientos técnicos especializados que favorecen el juicio de hecho del juez, introduciendo las máximas de experiencia técnica especializadas de validez universal para cualquier tipo de proceso²⁰².

También interesa mencionar que algunos autores contrarios a considerar la pericia como medio probatorio y opuestos a que sea la propia Ley procesal la que opte por ello y lo justifique previamente a su articulado, se apoyan en que desde el Derecho comparado, en los ordenamientos jurídicos de los países más próximos como Francia,

¹⁹⁷ Cf. MONTERO AROCA, J., *La prueba...* o.c., p. 317.

¹⁹⁸ Esta postura ha sido heredada del procesalista italiano Carnelutti y acogida por algunos autores de la doctrina procesal española, entre ellos y citando a los más representativos de este sector doctrinal defensor de la tesis de que el perito es un auxiliar del juez, se encuentran Prieto Castro, Gómez Orbaneja, Serra Domínguez o Gómez Colomer (Cf. CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal...* o.c., 1944, pp. 147 y 209).

¹⁹⁹ Cf. PRIETO CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1985, p. 179.

²⁰⁰ Cf. GÓMEZ COLOMER, J.L. et al., *Derecho Jurisdiccional*, T. II., Barcelona, 1989, p. 287.

²⁰¹ Cf. MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Barcelona, 1967, pp. 230-232.

²⁰² Cf. SERRA DOMÍNGUEZ, M. "La prueba pericial" en: *Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Vol. II, Barcelona, 2000, pp. 288 y 289; Cf. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2008, p. 787.

Italia, Alemania, Bélgica e Inglaterra la pericia se articula más bien como mecanismo de auxilio para el juez²⁰³.

Igualmente, a nivel jurisprudencial se registraron algunas intervenciones a favor de mantener esta consideración²⁰⁴ e, incluso, cuestionando que la prueba pericial fuera un medio probatorio en sentido estricto, pues destaca entre el resto de medios de prueba dado el carácter auxiliar que tiene²⁰⁵.

Ciertamente, las pericias pueden ser muy diversas y en parte, la variedad de dictámenes y de funciones y la finalidad de esos informes dan lugar a que no exista un acuerdo al respecto. No obstante, del análisis de los argumentos sostenidos por la doctrina y desde la calificación por parte del Derecho positivo como medio de prueba, a nuestro juicio queda suficientemente fundamentada su naturaleza probatoria.

Sin duda, la previsión legal contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya desde la exposición de motivos y su tratamiento procedimental dentro del apartado dedicado a las pruebas, no deja lugar a dudas sobre la naturaleza jurídica de la pericia. De hecho, en ningún otro lugar se hace alusión a una función de auxilio para el juez.

Partiendo del análisis de la naturaleza jurídica de la pericia en la normativa procesal civil, recurrimos en primer lugar al art. 335 LEC, que nos presenta un elemento novedoso en relación a la legislación anterior²⁰⁶, como es la incorporación del término “técnico” en su redacción: *“Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal”*. Así pues, tanto en la LEC de 1881 como en la actual se hablaba de “*conocimientos científicos, artísticos o prácticos*”. Quizá la utilización de la palabra “técnico” venga a

²⁰³ Cf. PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso... o.c.*, p.p. 43-45.

²⁰⁴ Cf. STS de 6 de febrero de 1987 (ROJ STS 9409/1987); STS, de 23 de abril de 1987 (ROJ STS 8900/1987); FJº 4º STS de 10 de febrero de 1994 (ROJ STS 730/1994). Algunos pronunciamientos de la Jurisprudencia menor también se encuentran orientados en esta línea aún con posterioridad a la entrada en vigor de la LEC de 2000: Cf. FJº 3º SAP Las Palmas 40/2005, de 3 de febrero (Roj SAP GC 332/2005).

²⁰⁵ Cf. FJº 3º SAP Tarragona de 19 de enero de 2004 (Roj SAP T 87/2004).

²⁰⁶ Cf. GARCIANDIA GONZÁLEZ, P. Mª., *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Pamplona, 1999, p. 358.

confirmar la necesaria y esperada cualificación del profesional para emitir un dictamen especializado sobre una materia que pueda aportarse finalmente como un medio de prueba complementario.

Pero antes de continuar con el examen de este aspecto concreto de la naturaleza jurídica, sería conveniente afirmar y recordar los cambios que este instituto jurídico ha experimentado con la aprobación de la LEC de 2000, frente a la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, con novedades en el procedimiento, así como en la admisión del dictamen realizado por peritos designados por las partes como una prueba a todos los efectos²⁰⁷.

En la actual legislación procesal civil se sientan las bases de la pericia y se zanja la problemática surgida ante el desencuentro de opiniones sobre dicha cuestión. Y qué mejor que utilizar la propia normativa como vehículo de clarificación y para promover la unificación de la doctrina. El apartado XI de la Exposición de Motivos de la LEC de 2000 fue el artífice de la fundamentación positiva tan esperada: *“Con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en que ha de satisfacerse un interés público, esta Ley se inclina coherentemente por entender el dictamen de peritos como un medio de prueba en el marco de un proceso, en el que, salvo las excepciones aludidas, no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes”*²⁰⁸. Y más adelante, concluía: *“Así, la actividad pericial, cuya regulación decimonónica reflejaba el no resuelto dilema acerca de su naturaleza –si medio de prueba o complemento o auxilio del juzgador–, responde ahora plenamente a los principios generales que deben regir la actividad probatoria, adquiriendo sentido su libre valoración”*²⁰⁹.

También el Prof. De La Oliva, en una clarificadora intervención, apuntaba su posicionamiento a favor de la consideración de la pericia como medio de prueba, exponiendo un razonamiento convincente que reproducimos textualmente: *“A nuestro entender, hay que inclinarse por esto último (consideración de la pericia como medio de prueba), no sólo porque nuestro Derecho positivo acoge esta calificación, sino porque, según ese mismo Derecho, la pericia no puede, en general, ordenarla de oficio*

²⁰⁷ Cf. ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos...* o.c., p. 106.

²⁰⁸ Párrafo 14º Epígrafe XI de la Exposición de Motivos. Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

²⁰⁹ Ibidem. Párrafo 16º, Epígrafe XI.

el juzgador, como sin duda debería ser si los peritos fuesen sus auxiliares. Mas, sobre todo y ante todo, la pericia es prueba porque incluso los dictámenes aparentemente más alejados de la tarea de reconstruir la “pequeña historia” procesal, se enderezan, al ser valorados, a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos. Si los dictámenes introducen en el proceso hechos o circunstancias fácticas nuevas, la función probatoria es palmaria. También lo es si permiten la valoración de otras pruebas. Pero incluso cuando facilitan la subsunción de hechos históricos concretos en conceptos acogidos en las normas positivas, los dictámenes y su valoración aportan (o se proponen aportar) novedades fácticas. En efecto, los dictámenes que se limitan a transmitir principios o reglas generales de índole experimental se ponen en relación con datos fácticos concretos (de lo contrario, no serían pertinentes) con el fin de arrojar luz sobre dichos datos, facilitando su más completa comprensión intelectual, lo que inexorablemente supone un enriquecimiento de su conocimiento (enriquece, p. ej., el conocimiento de un hecho saber qué denominación le corresponde)”²¹⁰. Nos situamos, pues, ante una primera conclusión que refiere la naturaleza de la actividad pericial como estrictamente probatoria.

Por otro lado, algún autor²¹¹ ha informado que más que una fuente de prueba, los peritos son auxiliares del Juez, pues le proporcionan conocimientos que él mismo no posee y que le son necesarios para decidir el pleito que debe resolver. Y para defender esta postura se apoyan en la idea de que, salvo cuando los dictámenes sean aportados con los escritos iniciales de la demanda o la contestación a la demanda, el juez debe determinar si la prueba de peritos resulta o no necesaria, y en caso de considerarla necesaria, habrá de designar sobre lo que debe recaer, sin tener por qué ajustarse a lo que haya solicitado la parte²¹².

²¹⁰ DE LA OLIVA, A., Y Díez PíCAZO, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2004, p. 399.

²¹¹ Se trata de autores como Gómez Orbaneja y Prieto Castro, entre otros. Cf. LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *La prueba Pericial. Guía Práctica y Jurisprudencia*, 3ª ed., Madrid, 2008, p. 24.

²¹² Sobre este punto, alguna corriente doctrinal se ha pronunciado a favor de distinguir entre lo que supone aportar hechos distintos de los que vienen a ser discutidos en proceso y lo que viene a ser un complemento esencial para que el juez pueda valorar mejor esos hechos. Dicho de otro modo, quienes sostienen que la pericial se trata de un mecanismo de auxilio para el juez destacan que los medios de prueba introducen en el proceso afirmaciones sobre los hechos en relación con lo que las partes han afirmado inicialmente para ese proceso concreto, mientras que la pericia aporta máximas de experiencia técnica que pueden ser aplicadas a cualquier tipo de proceso. Por tanto, mientras que las afirmaciones que se introducen en los medios de prueba sirven para formar el juicio de hecho del Juez, las máximas de experiencia que facilitan los

Igualmente, en circunstancias normales serán las partes las que deban solicitar la pericia, pero al órgano jurisdiccional también se le atribuye esta posibilidad según lo establecido en el art. 429.1 de la LEC o acordarla como diligencias finales a tenor del art. 435.4 de la LEC.

Junto a estas apreciaciones, al aterrizar más concretamente en el significado de lo que supone una fuente de prueba y un medio de prueba, nos damos cuenta que la LEC viene a conferir mayor importancia al medio probatorio, es decir, al dictamen, de manera que el perito queda relegado a una tarea meramente funcional. Esto es fácil deducirlo si tomamos como referencia la redacción de la derogada LEC 1881, donde el art. 610 recogía la denominación “*prueba de peritos*”, mientras que la nueva LEC, en los diversos artículos que jalonan la regulación de este medio de prueba, utiliza la expresión “*el dictamen de peritos*” o “*elaborado por perito*” o se refiere directamente “*al informe pericial*”, como queda constancia en lo dispuesto en los arts. 228, 335, 336 o 346 de la LEC vigente.

Quedando delimitado el marco en el que se define la esencia de la pericia, procede desarrollar las consecuencias que han sido traducidas en la normativa a la hora de configurar este medio probatorio. A grandes rasgos, las consecuencias que se desprenden del planteamiento de la LEC y que desarrollaremos son las siguientes: privatización de la prueba pericial con la aportación de los dictámenes pericial o la solicitud de designación judicial de perito (Cf. arts. 336 a 338 y 339 LEC), las partes han de ser las que determinen el contenido del dictamen (cf. art. 342.3 LEC), se excluye la posibilidad del dictamen pericial de oficio²¹³ y tampoco el Juez puede solicitar la intervención del perito de parte al acto del juicio o la vista (Cf. arts. 346, 347.1 y 427.2 LEC), así como el Juez no puede ampliar el dictamen en el momento en el que el perito comparece al acto del juicio o de la vista (cf. art. 347.2 LEC).

peritos serán utilizadas para formar ese juicio de hecho. Esto supone, en conclusión, otorgar a la pericia una utilidad mucho más amplia que aquella que se limita al ámbito de la prueba, de manera que podría operar en todos los casos en los que el Juez carezca de conocimientos especializados (Cf. SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Contribución al estudio de la prueba”, en: *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, p. 361).

²¹³ En contra de esta consecuencia se ha manifestado algún autor, alegando que “*no tiene sentido privarle al juez de la posibilidad de incorporar de oficio el dictamen de peritos, cuando entienda que es indispensable, útil o conveniente para la correcta apreciación y valoración de los hechos*” (Cf. PLANCHADELL GARGALLO, A., “Valoración de la prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil”, en: *Tribunales de Justicia*, nº 7 (2000) p. 780).

Entrando a desarrollar algunas de estas consecuencias, una de las novedades que introdujo la LEC de 2000 fue, precisamente, la posibilidad de aportar dictámenes encargados por las partes a peritos privados. Por tanto, se muestra aquí un reconocimiento en términos de igualdad a los dictámenes elaborados por peritos privados e introducidos en el proceso y a aquellos que proceden del encargo del juez y que constituyen la prueba pericial judicial. Esto repercute también a la hora de valorar los dictámenes, de manera que, independientemente de su origen o del modo en que haya sido designado el perito que ha emitido su informe, se han de ponderar los contenidos, la solidez de las conclusiones así como el método científico que se haya utilizado. Por tanto, los dictámenes privados así como los dictámenes por encargo judicial vienen a compartir la misma naturaleza jurídica en cuanto que ambos constituyen un medio de prueba²¹⁴.

Muy ligado a esta idea y como consecuencia directa de la naturaleza jurídica probatoria se encuentra el hecho de que, salvo la excepción prevista para los procesos no dispositivos (cf. art. 339.5 LEC), la prueba pericial ha sido planteada con un marcado carácter privado en cuanto que son las partes las que deben defender sus intereses alegando y probando aquello que consideren necesario. Y por eso, la aportación de los dictámenes se resuelve en clave individual y la solicitud de designación judicial de perito se plantea desde la iniciativa personal y probatoria de las partes realmente interesadas, impidiendo asimismo que sea el juez el que de oficio provoque la intervención del perito al acto del juicio o la vista²¹⁵ o que pueda, incluso,

²¹⁴ Al respecto, en el párrafo catorce de la Exposición de Motivos de la LEC 2000 se recalca esta idéntica admisión de los dictámenes periciales al margen de su procedencia: *“Con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en que ha de satisfacerse un interés público, esta Ley se inclina coherentemente por entender el dictamen de peritos como medio de prueba en el marco de un proceso, en el que, salvo las excepciones aludidas, no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamentan las pretensiones de tutela formuladas por las partes, sino que es sobre éstas sobre las que recae la carga de alegar y probar. Y, por ello, se introducen los dictámenes de peritos designados por las partes y se reserva la designación por el tribunal de perito para los casos en que así le sea solicitado por las partes o resulte estrictamente necesario”*.

²¹⁵ Así lo constatamos en la LEC, en diversos artículos, como en el art. 346: *“De dicho dictamen se dará traslado por el Secretario judicial a las partes por si consideran necesario que el perito concurra al juicio o a la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas”*. No obstante, se advierte una visión aperturista al admitir que *“El Tribunal podrá acordar, en todo caso, mediante providencia, que considera necesaria la presencia del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado”*. Pero en el art. 347. 1 LEC reitera, si cabe, con más firmeza el hecho de que *“Los peritos tendrán en el*

ampliar el contenido del dictamen si se admitiera la comparecencia del perito. Ahora bien, esto no obsta para que algunos procesalistas hayan advertido el error de la LEC de privar al juez de la posibilidad de incorporar de oficio el dictamen de peritos cuando considere que es indispensable, útil o conveniente para poder apreciar y valorar correctamente los hechos²¹⁶ más allá de los casos previstos por la ley. Ciertamente, para los procesos matrimoniales se admite esta facultad y se alaba la sensibilidad para tener en cuenta su intervención activa, pero es cierto que no podemos dejar de compartir idéntica apreciación al reconocer que dependiendo del objeto, se ha de procurar suministrar al juez aquellos mecanismos que suplan el desconocimiento de los hechos²¹⁷ o que favorezcan una mejor interpretación.

Existen otros elementos que podrían ayudar a delimitar el carácter o la naturaleza jurídica de la pericia inclinando la balanza a favor de considerarla un medio de prueba. Uno de estos elementos, por ejemplo, sería la remuneración de los peritos. Para quien alguna vez sostuvo que el perito podría convertirse en un testigo o ser considerado como tal, el hecho de que se le deba pagar por el trabajo realizado excluye esta posibilidad, pues al testigo no se le abona cantidad alguna por el testimonio prestado²¹⁸. A esta apreciación se une la Exposición de Motivos de la LEC 2000 cuando expresa que como efecto indirecto y contribuyendo así a solucionar la necesaria clarificación entre si la actividad pericial era un medio de prueba o un complemento o auxilio del juzgador, se encuentra la “*adecuada y tempestiva remuneración de los peritos*”²¹⁹.

juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes, que el tribunal admita”, de manera que planteada su intervención, queda a merced del juez decidir sobre la admisión de su intervención”. Por último, en el artículo 427. 2 LEC se verifica el carácter contradictorio de la práctica de las pruebas y por tanto, que el mismo provenga de la dualidad de partes que fijan y defienden los hechos que constituyen el objeto de la litis: “Las partes, si fuere el caso, expresarán lo que convenga a su derecho acerca de los dictámenes periciales presentados hasta ese momento, admitiéndolos, contradiciéndolos o proponiendo que sean ampliados en los extremos que determinen”.

²¹⁶ Cf. PLANCHADELL GARGALLO A., “Valoración de la prueba pericia... o.c., p. 780.

²¹⁷ Cf. PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso...* o.c., p. 48.

²¹⁸ Otra cosa será cumplir con la indemnización que prevé el art. 375.1 LEC y que se puede solicitar a la parte proponente cuando se causan perjuicios tales como la pérdida de una jornada de trabajo el día de la comparecencia, los gastos de desplazamiento, etc.

²¹⁹ Párrafo 16º, Epígrafe XI de la Exposición de Motivos. Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

Por otro lado, queda patente la evidente independencia del perito respecto al fondo del asunto y a los sujetos que en él intervienen como partes, de manera que nada tiene que ver con ninguno de ellos. De hecho, su informe debe ser el producto de un trabajo independiente alejado de cualquier influencia de las partes y su opinión vertida sobre los hechos ha de ser plenamente imparcial. Incluso, puede ocurrir que en algún caso el perito pueda ofrecer una prueba como un testigo ordinario, viéndose involucrado a la hora de describir unos hechos y aportando al mismo tiempo su opinión o valoración de la misma según se contempla en la figura híbrida del testigo-perito del art. 370 LEC. Estaría, en este caso, haciendo una interpretación directa y a la par de su propio relato de los hechos.

Igualmente, la pericia, en ningún caso, puede versar sobre puntos de derecho ni tampoco puede pretender sustituir el criterio del tribunal. El perito no puede actuar como árbitro ni como mediador, pues su carácter es exclusivamente técnico y su finalidad la de asesorar al que tiene la función de juzgar, que en este caso queda reservada a los Jueces.

Nos parece oportuno traer aquí una reflexión que hace el filósofo empirista John Locke acerca de la diferencia entre conocimiento y juicio. Así pues, mientras que el conocimiento incluye aquello que nosotros conocemos por la lógica, las matemáticas y por la inducción, el juicio viene a ser la facultad por la cual nuestra mente capta ideas para concordar o no con ellas, hechos o proposiciones que pueden ser verdaderos o falsos. Sirva, pues, esta apreciación para descartar que el perito enjuicie una realidad o unos hechos que constituyan propiamente el objeto del proceso, pues tan sólo a él le corresponde exponer o mostrar unas conclusiones que nada tienen que ver con un juicio. Además, de él se espera que las conclusiones o apreciaciones que vierta en su informe sean mantenidas de principio a fin, pues, de lo contrario, esto generará desconfianza no sólo para la parte que lo ha contratado y para el abogado, sino para el propio juez. Incluso, esta ambigüedad podrá repercutir negativamente en la finalidad probatoria que se persiga, pudiéndole restar al juez credibilidad y atendibilidad.

Por último, junto a esta reflexión, cabe hacer una somera referencia a los asesores del juez que, desde su particular pericia, se colocan junto a él para asistirle y ayudarle a entender las complejidades técnicas de las pruebas practicadas ante el Tribunal. Esta figura, por ejemplo, no está prevista como tal en nuestra legislación procesal, aunque recientemente se ha informado por parte del Ministerio de Justicia de

crear un juez asesor para apoyar la instrucción de causas complejas y asesorar así a otros jueces. Dicho de otro modo, un juez con experiencia en su materia no realizaría labores jurisdiccionales, sino que prestaría apoyo especializado a otro juez que pudiera necesitar, como por ejemplo, que un juez de lo Contencioso experto en contabilidad pudiera ofrecer su consejo a un instructor en materia penal²²⁰. Vendría a ser, quizá, esa figura que algunas legislaciones de otros países prevén a modo de orientación o recomendación. La frontera entre lo que supondría una aclaración de términos o conceptos técnicos y lo que implicaría una sugerencia o recomendación a modo de juicio no queda muy delimitada, pero aún así estimamos que dista mucho de lo que pueda suponer una valoración que sirva como medio probatorio.

2.2.1. La naturaleza jurídica del reconocimiento judicial y la ratificación del perito

La personación del perito en sede judicial para ratificar su dictamen y responder a las cuestiones que pudiera requerir el juez se convierte en un acto casi igual de necesario e imprescindible a como resultan a veces los propios dictámenes. Asimismo, supone una continuidad para con el informe pericial, pues la intermediación permitirá matizar e interpretar verbalmente esos conocimientos especializados que han sido transcritos en el dictamen y que persiguen poder determinar la certeza de los hechos que se encuentran controvertidos.

En el art. 289.2 LEC se menciona, como forma de practicarse las pruebas, cómo ha de encontrarse presente el juez a la hora de reconocer lugares, objetos o personas, así como en el punto 3º del mismo artículo destaca que ante el Secretario Judicial se lleve a cabo la ratificación de la autoría del dictamen pericial. Pero es en el art. 345 LEC donde se especifica la intervención concreta del perito a la hora de reconocer lugares, cosas o personas cuando la emisión del dictamen así lo requiera. Es obvio que esta tarea va intrínsecamente ligada por lo general –y muchas veces como condición previa– a la emisión del dictamen al quedar este reconocimiento subsumido en las conclusiones que el perito vierte en su informe; esta práctica otorga solidez al reconocimiento de la pericia como prueba en tanto admite la presencia de las partes y sus defensores así como

²²⁰ Más información sobre la creación de esta figura, disponible en: Europa Press. <http://www.europapress.es/nacional/noticia-justicia-estudia-crear-figura-juez-asesor-apoye-instructores-causas-complejas-20141221121346.html> [Consulta: 20 de Diciembre de 2014].

se muestra coherente con todas y cada una de las reglas que pautan su desarrollo y estructura como medio de prueba incorporado al proceso o surgido a partir de él.

Por otro lado, la concurrencia del perito en el juicio o vista va a depender de que sean las partes las que lo propongan, de manera que conforme establece el art. 347.1 LEC “*los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes, que el tribunal admita*”. Aunque para nuestro estudio nos interesa reconocer el matiz que establece el art. 347. 2 LEC cuando contempla que “*el tribunal podrá también formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado, pero sin poder acordar, de oficio, que se amplíe, salvo que se trate de peritos designados de oficio conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 339*”. En todo caso, con la excepción que aquí se reconoce, este trámite comporta un complemento perfecto en la práctica de las pruebas, pues de todas las finalidades posibles que ofrece la intervención del perito²²¹, como las explicaciones que las partes pueden pedir y también el juez cuando lo estime necesario (más aún en los procesos no dispositivos), se obtiene un material aclaratorio que incluso puede promover la ampliación del dictamen, junto con la posibilidad de fomentar el contradictorio, de manera que se refuerce así la concepción de la pericia como medio de prueba en todas y cada una de sus manifestaciones.

No debemos olvidar –y sirva esta apreciación para rescatar los criterios informadores de la actividad probatoria en el orden civil–, que también adquiere protagonismo el principio de inmediación en cuanto que el juez tiene la oportunidad no sólo de escuchar al perito sino también de interactuar con él en tiempo real y con motivo del dictamen presentado. Al igual que ocurre para con el resto de pruebas –y como muestra de ello sólo hace falta recordar cómo se ha dotado a las salas de los Juzgados y Tribunales del recurso de la Videoconferencia con el despliegue instrumental y tecnológico necesario– se permite al Juez que presida el acto de ratificación y tenga acceso al perito, por sí mismo y a través de las preguntas u objeciones que pudieran plantearle las partes.

²²¹ Cf. DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica*, Madrid, 2003, 2ª ed., p. 277.

2.2.2. Los dictámenes psicosociales en los procesos de familia y su naturaleza jurídica

Dado que en párrafos anteriores se ha mencionado este instrumento tan utilizado en los Juzgados y Tribunales Civiles para los procesos de familia, conviene aproximarnos a la estructura de estos informes o dictámenes y aclarar aquí cuál es su verdadera naturaleza jurídica. Ya adelantamos, por lo que hemos podido encontrar en el estudio de las distintas fuentes bibliográficas y desde la observación de la práctica de los Tribunales, que estos dictámenes no son considerados prueba pericial en sentido estricto, sino que vienen a utilizarse a instancia del órgano judicial para cumplir con la finalidad y el objeto que éste expresamente requiera, como es poder contar con una valoración especializada para mejor decidir sobre la cuestión que le ha sido elevada.

Lo que en estos supuestos va a justificar la solicitud del Informe será, generalmente, disponer de una recomendación para determinar quién ha de ostentar la guarda y custodia del hijo menor y cómo se debe plantear el régimen de visitas para el progenitor a quien se le ha denegado en aquellos supuestos en los que, obviamente, no sea compartida. Pero cuando se trate de procedimientos de modificación de medidas, se suele pedir el informe para que un especialista se pronuncie sobre la conveniencia de modificar o no un régimen de visitas previamente establecido, al objeto de ampliarlo, reducirlo o incluso suspenderlo. De hecho, en ocasiones es cierto que estos informes no provienen de un peritaje en sentido estricto, dado que no evalúan una situación sino que describen una realidad sin más, procediendo así de una evaluación continuada, por ejemplo, por parte de un trabajador social que ha realizado un seguimiento de cómo se ha desarrollado el régimen de visitas o cuando éste ha tenido lugar en un punto de encuentro.

Aunque existen muchas similitudes con lo que sería propiamente una intervención pericial, muchos autores han destacado que no se puede considerar el dictamen de especialistas en los mismos términos en los que la ley procesal viene a configurar la prueba pericial. Algunos autores²²², ya con la anterior legislación procesal, indicaron que no se podía identificar con la prueba pericial en sentido técnico teniendo en cuenta que ni en la delimitación del objeto, ni en la designación de peritos ni en la

²²² Cf. VEGA SALA, F., *Matrimonio, procesos de nulidad, separación y divorcio. Los procesos en los Juzgados de Familia*, Barcelona, 1993, p. 25.

forma de emitir el dictamen se podía encontrar subsumido en la prueba pericial regulada en la LEC de 1881.

Otros autores, sin embargo, sí abogaban por entender que la actuación de estos especialistas perfectamente podía incardinarse en la regulación de la prueba pericial según la normativa procesal actual²²³ y así lo refrendan algunos pronunciamientos judiciales²²⁴.

Por parte de la jurisprudencia menor, encontramos un auto de la AP de Cantabria 342/2004, de 20 de julio²²⁵ que establece que *“no puede considerarse que el dictamen emitido por el equipo psicosocial adscrito a los Juzgados sea un dictamen de peritos en los términos en los que la ley configura esta prueba. Al contrario, precisamente señala la doctrina que existe una omisión en la nueva LEC respecto a estos equipos que auxilian a los jueces en materia de familia, cuya intervención no encaja en ninguna de las dos modalidades que la ley regula respecto de la prueba pericial. El dictamen de especialistas que recoge el art. 92.5 del CC se lleva a cabo de forma distinta al dictamen pericial previsto en la LEC: su designación no es por sistema de lista corrida del art. 341; el objeto de la pericia se delimita por el Juez, indicando los hechos que estime relevantes, sean o no los alegados por las partes (al amparo del art. 774.2 LEC el Tribunal puede ampliar los hechos sobre los que puede acordar prueba de oficio); se realiza excluyendo la intervención de los letrados de los litigantes e incluso de las partes fuera de las entrevistas (a diferencia del art. 345) y se emite el informe de manera no ajustada a las estrictas previsiones de los arts. 346 y 347. Sólo se efectúa*

²²³ Cf. FLORS MATIES, J., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, Tomo IV, Valencia, 2003, p. 3344. También Montero Aroca contempla que el dictamen de especialistas tiene una naturaleza jurídica de prueba pericial, y el que existan estos equipos de especialistas no contraviene esta naturaleza ni tampoco pone trabas a que las partes acudan a peritos externos (Cf. MONTERO AROCA, J., “Separación, divorcio y nulidad matrimonial” en: *Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*, Tomo II, Valencia, 2007, p. 1152). También Andrés Joven reivindica que se haya configurado una prueba pericial diferente al modelo que regula la ley procesal y que aunque no venga recogida de forma específica en la LEC, *“no puede negarse que debe ser considerado como un verdadero informe pericial, aun cuando resulta de todo punto necesario que se lleve a cabo una específica regulación del mismo, para eliminar todas las controversias que en la práctica cotidiana se han ido apreciando”* (ANDRÉS JOVEN, J., “El dictamen de especialistas y el dictamen de peritos”, en: *Aspectos Prácticos de la Prueba Civil*, artículo consultado en Vlex, el 2 de Julio de 2015).

²²⁴ Cf. Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 2ª, de 2 de noviembre de 2002 (JUR 2003/71160), entendiendo que la normativa procesal se puede aplicar a esta actuación; Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 15 de marzo de 2007 (JUR 2007/244310), indicando que debe valorarse conforme al art. 348 LEC.

²²⁵ SAP Cantabria 342/2004 de 20 de julio (Roj SAP S 1533/2004).

previo requerimiento judicial, cuando el juzgador considere preciso disponer de un informe de especialistas que le ayuden a conocer una determinada conducta social humana y las repercusiones que la misma puede generar para dilucidar con mayores garantías de acierto las delicadas pretensiones objeto de controversia. Es el juez quien en cualquier momento del procedimiento –pero más adecuadamente en fase probatoria que alegatoria– estima necesario el informe de especialistas; incluso puede acordarlo la Sala de oficio en la Segunda instancia”.

En los juicios sobre separación y divorcio en los que haya hijos menores, los padres o el propio juez puede solicitar la prueba pericial²²⁶. Ante estos supuestos, el denominado Informe Psicosocial viene a ser el recurso más solicitado por el juez y con él se pretende dilucidar cuál es la situación preferible para el menor en relación al régimen de guarda y custodia por parte de uno de los padres o de los dos. Este informe, por tanto, recoge unos datos sobre la psicología del menor y su estabilidad emocional, su interacción con los padres y también aquellos datos procedentes de un examen sobre los propios progenitores, sobre todo en aquellos casos en los que hubiera sospecha e incluso constara que alguno de los padres padece algún tipo de enfermedad o trastorno psicológico. Es patente, por tanto, la preocupación que existe en torno a la protección jurídica del menor y preservarlo de un ambiente desfavorable y perjudicial para él.

La forma en que se practica el examen de los progenitores y de los menores, así como se desarrollan las entrevistas con educadores, familiares y tantas otras personas que puedan ayudar a captar el criterio más conveniente para los menores, dan a entender que nos encontramos ante un medio de prueba en toda regla, aunque sea el juez el que lo solicite directamente sin intervención de las partes, apelando en este caso a lo que se

²²⁶ Interesa hacer un apunte en relación al derecho comparado de otros estados, donde verificamos que los procesos de familia constituyen una materia para la que los Estados se niegan a dejar que los juicios queden únicamente en manos de las partes. De hecho, concordamos con que es una característica de la tradición jurídica europea para la Familia que los procedimientos de familia tengan un tratamiento o desarrollo diferente al resto de procesos civiles, permitiendo que el Estado pueda intervenir más activamente y con un interés mayor en los asuntos de Familia (Cf. DAMASKA, M.R., *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, 2003, p. 104). Esto se ha hecho claramente patente en los países vecinos como Italia, Inglaterra y Francia, que han desarrollado una legislación donde la protección de los asuntos de familia han centralizado muchas de las potestades del juez y, concretamente, en relación a la prueba de expertos, han fomentado e institucionalizado este servicio haciendo de él un uso cada vez más frecuente (Cf. DWYER, D., *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, Cambridge, 2008, pp. 211-212).

supone que procede de las facultades concedidas en los procesos no dispositivos para la intervención de oficio en materia probatoria.

Ahora bien, es cierto que se han vertido muchas opiniones no sólo sobre el Informe Psicosocial sino también sobre las circunstancias que rodean su realización (incluyendo la exploración judicial del menor) y ha dado lugar a muy diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales, lo que ha originado a su vez diferentes prácticas judiciales. En este aspecto, queda comprometido el principio de contradicción de las partes procesales al no reconocer la exploración del menor como un medio de prueba ni tampoco los Dictámenes psicosociales²²⁷. Esto produce una gran inseguridad jurídica y abre un serio debate sobre el margen de actuación de los jueces y sus límites, teniendo en cuenta que en algunos casos se impide a las partes intervinientes conocer el contenido de un informe o el acta de la comparecencia del menor porque lo califican como una diligencia judicial carente de naturaleza probatoria y realizada de forma reservada.

Nos hemos encontrado con alguna sentencia que apoya esta visión y por ende, impide a las partes tener acceso al contenido de las exploraciones prácticas, como se constata en la SAP Barcelona 98/2013 de 11 de febrero²²⁸, donde se plasma este planteamiento: “(...) *En cuanto a la exploración, se ha solicitado la nulidad de la sentencia por no haberse dado traslado de la misma a las partes que por consecuencia no ha podido ser valorada por las mismas. Al respecto cabe señalar que la exploración de menores no constituye un medio de prueba que deba ser sometida al principio de contradicción, sino una diligencia o actuación judicial que tiene como finalidad satisfacer el derecho del menor a ser oído, derecho que viene reconocido en el artículo 12 de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1989, Carta Europea de Derechos del Niño de 8 de julio de 1992 (punto 8.14), Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, art. 24,*

²²⁷ Algún autor ha especificado que tan sólo se trata de “un instrumento que garantiza la efectividad del derecho a la audiencia que se presta al menor en su propio interés, y el objeto de dicha audiencia es conocer la opinión del menor sobre las cuestiones personales y familiares que le afectan directamente” (RÍOS LÓPEZ, Y., “La prueba en los procesos sobre uniones estables de pareja” en: *Objeto y carga de la prueba civil*, Barcelona, 2007, p. 183). Sin embargo, otros autores han manifestado su opinión a favor de encontrarse ante un auténtico medio de prueba, al amparo del reconocimiento judicial de persona en la regulación del art. 355 LEC (Cf. PÉREZ DAUDÍ, V., “La intervención de especialistas... o.c., p. 165).

²²⁸ SAP de Barcelona de 11 de febrero de 2013 (Roj SAP B 1493/2013).

entre otros instrumentos internacionales (...)”. Como el apelante planteaba que se habían vulnerado los artículos 358 y 359 de la LEC, la sentencia responde que “(...) *en la exploración de menores, el menor no es el objeto reconocido sino el sujeto que ejerce un derecho. Los preceptos que se alegan como infringidos no son por tanto aplicables. La regulación procesal no contempla ninguna norma que determine cómo se lleva al proceso el contenido de la exploración de un menor, lo que ha dado lugar a distintas prácticas por parte de los Tribunales. En el proceso examinado el Juez no ha documentado el contenido de la exploración pero sí ha hecho referencia a dicho contenido en la sentencia. En cualquier caso, cabe señalar que no tratándose de un medio de prueba como se ha dicho, no es necesaria su valoración por las partes litigantes, lo que conduce a considerar que no se ha producido indefensión alguna por tal actuación”.*

Este proceder no se puede admitir apoyándonos en que la reserva de las actuaciones en relación a los menores sólo debe contemplarse si las circunstancias así lo aconsejan (cf. art. 335 LEC), pero nunca se puede permitir que una excepción se termine convirtiendo en un proceder habitual. En contra de la actuación descrita –a nuestro juicio arbitraria–, se pronuncian las sentencias de otras Audiencias Provinciales (esta opinión viene a ser refrendada por otras sentencias como la SAP de Cantabria 48/2004, de 12 de febrero y el AAP Guadalajara 374/2004, de 21 de enero²²⁹) así como por la SAP A Coruña 113/2006, de 15 de marzo de 2006²³⁰, con criterios que estimamos más coherentes y acertados: “(...) *Pero ello no excluye su valor probatorio en cuanto aporta al juzgador conocimiento que se consideran convenientes, en muchos casos imprescindibles, para resolver sobre su guardia y custodia o sobre el régimen de visitas. Ni justifica que por ser una prueba peculiar se decida no documentarla o*

²²⁹ Cf. SAP de Cantabria 48/2004, de 12 de febrero (Roj SAP S 325/2004) y la AAP Guadalajara 374/2004, de 21 de enero (Roj AAP GU 13/2004). Destaca, a su vez, la recomendación que hace el Magistrado-Juez del Juzgado de Familia de Málaga sobre el deber de dar cuenta breve y concisa a las partes sobre el resultado de la exploración aunque se deban omitir aquellas manifestaciones del menor que pudieran utilizar las partes para culpabilizarle. Esta recomendación pretende garantizar, por un lado, el derecho a conocer las actuaciones procesales y poder ejercitar los mecanismos de defensa pertinentes, así como prevenir resultados poco satisfactorios para las partes que desemboquen en la interposición de recursos para impugnar la resolución judicial dada (cf. UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “Algunas cuestiones prácticas en los procesos de familia: tablas de pensiones, exploración de menores y gestión de los equipos técnicos”, en: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Cuadernos Digitales de Formación*, 29 (2011) p. 26)

²³⁰ SAP de A Coruña 113/2006, de 15 de marzo (Roj SAP C 550/2006).

hacerlo de modo que las partes no puedan tener acceso a esa documentación, en contra de lo previsto en los artículos 146, 148 y 140 de la LEC, que regulan la documentación de las actuaciones judiciales y el acceso a la información que contienen”.

Hemos querido mostrar qué ocurre a la hora de considerar o no la exploración del menor como un medio de prueba para introducir el análisis de la naturaleza jurídica de los Informes de los Equipos psicosociales adscritos a los Juzgados. Así pues, algunas sentencias han establecido que el dictamen psicosocial de especialistas no es propiamente una prueba pericial, sino que se trata de un medio puesto a disposición de los tribunales²³¹ con el fin de que conozcan datos, circunstancias y hechos relevantes a la hora de decidir sobre la custodia, para conocer la opinión de los hijos en aquellos temas que les incumben y afectan o para examinar de manera correcta todos los medios de prueba referidos a los progenitores. Junto a esto, se unirían las indagaciones realizadas en el ámbito escolar en el que los menores se encuentran inmersos, las intervenciones previas de los Servicios Sociales en situaciones normales o de emergencia o la mediación de personas en la fase de ejecución de la resolución sobre el régimen de custodia y visitas para conseguir una mejor adaptación por parte de los menores, pero todo ello a modo de consejo y recomendación.

El que algunos sectores jurisprudenciales no consideren el informe psicosocial como un peritaje –a pesar de resultar algo lógico en virtud a cómo se han creado estos equipos y a la ausencia de regulación de los mismos– entraña otro riesgo y es que se termine uniendo a los autos sin requerir, por ello, que comparezcan sus autores ni que ratifiquen o aclaren sus informes, amén de considerar que también estarían excluidos de las obligaciones y responsabilidades que afectan a los peritos. Si esto se aplica rigurosamente estaríamos vulnerando el principio de contradicción²³² y el de

²³¹ El dictamen de estos especialistas psicólogos, a pesar de no ser considerado como si se tratara de un dictamen pericial, será uno de los medios o recursos fundamentales de las que se auxilie el juez para determinar aquellas medidas que mejor representen o favorezcan el interés del menor, y aunque no tenga naturaleza jurídica probatoria, la intención que subyace en su solicitud y la finalidad de su contenido persiguen, en el fondo, la prueba y constatación objetiva de unos hechos. Estas medidas podrán ser solicitadas como medidas previas a la interposición de la demanda o en las coetáneas, en todos aquellos casos de separación, divorcio, modificación de medidas, tutela, adopción y acogimiento.

²³² Precisamente, de la prueba pericial y la dinámica en la que se inserta se ha dicho que “*la convergencia entre distintas pruebas periciales enriquece indudablemente el debate procesal, ampliando también la información de que dispone el tribunal para fundamentar la decisión fáctica. De un lado, se favorece la contradicción, pudiendo las partes aportar prueba pericial que fundamente sus alegaciones, que contradiga las contrarias, o que incluso se dirija*

inmediación, y al final, la consideración del informe quedaría reducida a una prueba documental sin más, perdiendo toda relevancia que pueda tener y desperdiciando, a fin de cuentas, una buena ocasión para completar el elenco de pruebas que se hayan de practicar.

No obstante, seguimos encontrando pronunciamientos que no dudan en atribuir fuerza probatoria al informe psicosocial y no cuestionan su naturaleza jurídica ni su valor probatorio, como ocurre en la SAP La Coruña 383/2013, de 17 de diciembre²³³: *“En el presente caso y para una adecuada solución del conflicto planteado, debemos acudir, como prueba relevante, imparcial y cualificada, del informe psicosocial elaborado y ratificado en la vista del juicio, cuyo rigor, autoridad y profesionalidad no pueden ser puestos en duda arbitrariamente, con base en apreciaciones subjetivas e interesadas, carentes de fundamento objetivo, máxime cuando no se ha aportado ningún otro dictamen técnico o pericial que contradiga o desvirtúe sus conclusiones. Este informe acredita la idoneidad de los progenitores litigantes para el ejercicio de la patria potestad (...)”*. O también, en el mismo sentido, la SAP de Zaragoza 616/2013, de 17 de diciembre²³⁴, cuando deja entrever la incorporación dentro de los medios de prueba del informe psicosocial, al concluir que *“con base por tanto en esta doctrina Jurisprudencial no puede sino confirmarse la resolución impugnada cuando ésta ha tenido en cuenta la prueba practicada, que ha resultado favorable a la medida ahora impugnada, cual es el informe favorable del Gabinete psicosocial afecto a los Juzgados según el cual es esta la alternativa (la custodia compartida) que puede proporcionar al menor una mayor estabilidad y permitir todas las necesidades evolutivas del menor, estando ambos progenitores capacitados para afrontar el cuidado, cubrir sus necesidades afectivas y el desarrollo psicológico del menor”*.

En la STS 749/2012 (Sala 1ª) de 4 de diciembre, si bien es verdad que no se alude expresamente al reconocimiento del dictamen psicosocial en su vertiente

únicamente a desvirtuar la credibilidad de la prueba pericial aportada por la contraria. La dialéctica pericial constituye una de las ventajas indudablemente del nuevo modelo, que no hace más difícil sino más completa, pero también más acertada, la decisión jurisdiccional”. Por tanto, es importante constatar que el contradictorio no sólo beneficia al derecho de defensa de las partes sino que garantiza que la resolución del juez se ajuste más objetivamente a la verdad de los hechos. (Cf. FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Valencia, 2005, p. 247).

²³³ SAP de A Coruña 383/2013, de 17 de diciembre (Roj SAP C 3221/2013).

²³⁴ SAP Zaragoza 616/2013 de 17 de diciembre (Roj SAP Z 2690/2013).

probatoria, ciertamente lo sitúa en confrontación con otros posibles elementos de prueba: *“Para determinar cuál es el sistema de guarda y comunicación más adecuado al interés del menor, de acuerdo con los artículos 92, 94 y 159 del Código Civil, y las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no puede desconocerse el informe realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 245 y siguientes), que recomienda la asignación de la custodia del hijo a su madre, con el reconocimiento de un amplio sistema de comunicación con el padre, que incluye la prolongación de las estancias en los fines de semana alternos hasta el lunes por la mañana, así como un contacto entre semana; no existen elementos de prueba convincentes que se opongan a las razonadas conclusiones del informe, por lo que debe rechazarse este motivo de recurso”*.

En parte, este disenso y falta de unidad se debe a que los Equipos Judiciales no se encuentran amparados ni regulados por ninguna ley –algo que ya hemos anotado anteriormente–, lo que hace que se haga mención, indistintamente, tanto como informe psicosocial como un informe pericial, admitidos los autores de estos dictámenes en la praxis de los Tribunales como peritos judiciales. De hecho, salvo casos muy excepcionales que lo desaconsejen –y en ocasiones debido a la actuación arbitraria y descontrolada de algunos jueces–, estos informes se pueden dar a conocer a las partes y forman parte del expediente procesal, pudiendo dar lugar a reacciones de las partes vertidas en las correspondientes alegaciones. Así pues, tanto si las partes solicitan la designación de perito y éste se nombra entre el listado de peritos disponibles en el Colegio de Psicólogos como si el juez recurre a los miembros del equipo técnico psicosocial en principio no se viene a cuestionar su validez y el efecto y finalidad probatoria que tiene pese a que ambos recursos no posean la misma entidad.

Por tanto, después de lo expuesto podemos constatar que el Informe del equipo de psicólogos forenses en los procesos matrimoniales persigue una finalidad probatoria –aunque mayormente informativa– de unos hechos o unas circunstancias que el Juez ha de tener en cuenta a la hora de dictar sentencia, lo que no implica –volvemos a recordarlo– que ese informe se convierta en la única prueba irrefutable que invite al juzgador a olvidarse y desentenderse del resto de pruebas. De hecho, la percepción aislada del psicólogo adscrito al juzgado o la del que desempeña propiamente las funciones de perito no puede competir con la del juez, imponiéndose sobre la de éste, sino que se ha de integrar como un elemento más a considerar. Y es que el juez será

quien realmente dicte la sentencia y, por tanto, se pronuncie sobre unos hechos con una consecuencia jurídica, mientras que el informador o el especialista psicólogo se han de pronunciar en términos de conveniencia y recomendación, sirviendo, incluso, en la mayoría de los casos, para ofrecer a los padres pautas de comportamiento en las relaciones entre sí y para con los hijos, pudiendo hacerlo constar por escrito o transmitiéndoselo personalmente en la entrevista mantenida con ellos.

Aunque esta cuestión la trataremos en un capítulo posterior cuando abarquemos el estudio de los distintos tipos de pericia, es conveniente dejar constancia de que, pese a que el informe psicosocial posee un marcado carácter auxiliar, el peso que tiene en los procesos matrimoniales y la forma en que los jueces lo valoran lo convierten en un instrumento con elevadas connotaciones de carácter probatorio aunque su verdadera esencia aún no ha quedado definida. De este modo no se puede negar que hoy en día revista esta consideración aunque no esté consignada legalmente su naturaleza probatoria, pero tampoco se puede admitir lo que creemos un juicio desafortunado, como es negar con rotundidad que pueda llegar a configurarse en un futuro como una pericia en toda regla²³⁵. De hecho, en el momento en que un especialista interviene y hace una valoración porque el juez deba ayudarse de conocimientos científicos o prácticos provenientes, por ejemplo, de la psicología o la psiquiatría, el modo en el que este profesional puede encajar en el proceso es, precisamente, bajo la cobertura de la prueba pericial, pues es el único modo que justifica su entrada en el proceso y que pueda hacer que tenga una trascendencia mayor prolongándose en otros actos procesales. De lo contrario, difícilmente se podría articular una vía diferente para amparar su aparición y admisión en el proceso.

2.3. La naturaleza jurídica de la prueba pericial en el ámbito canónico: consideraciones generales

La definición de la esencia de la pericia mucho tiene que ver con su configuración en la historia del Derecho Procesal Canónico. Hemos de recordar que estamos ante una figura que si bien siempre ha existido con planteamientos diversos, en

²³⁵ Al menos, potencialmente existe el ánimo y la intención de que el informe psicosocial se equipare y se sitúe a la par con la prueba pericial como tal, pese a que para que esto sea una realidad legalmente admitida por todos se deba reordenar y delimitar su radio de acción e intervención en los juicios.

el último siglo es cuando se ha visto consolidada por una regulación legal y su uso se ha incorporado en el conjunto de las pruebas de forma más reciente.

Aunque en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica de la pericia nos remitimos en parte a lo ya dicho para la pericia en el ámbito de los procesos matrimoniales civiles, tenemos que advertir que en el ámbito canónico existen matices que no permiten una remisión a dichos presupuestos en su totalidad.

Analizando lo señalado al respecto por el CIC'83, percibimos que el perito no es un delegado del juez como tampoco es un Juez técnico²³⁶. De igual modo no conoce los hechos con anterioridad al proceso ni entra tampoco a examinar todo lo que tiene que ver con el proceso, sino sólo un aspecto que para el juez puede llegar a resultar de vital importancia para que pueda decidir sobre el asunto, lo que puede condicionar, sin duda, la interpretación que el Juez haga de los hechos.

Dentro del Título IV del Libro VII del Código de Derecho Canónico, dedicado a los Procesos, y más concretamente al Juicio contencioso, encontramos todo lo que hace referencia a las pruebas. Si bien son varios los medios probatorios que se contemplan en dicha normativa (declaraciones de las partes, prueba documental, testimonios de testigos), los preceptos que se recogen en el capítulo IV son los únicos que nos interesan para nuestro estudio, aquellos que se refieren a *Los Peritos*, y por ende, a la prueba pericial.

La naturaleza de la pericia en el ámbito jurídico canónico (concretamente en el Derecho Procesal) viene a ser muy discutida precisamente porque cuesta aclarar cuál es su cometido dentro del proceso, donde la doctrina se encuentra escindida entre tres posturas fundamentales: la de quienes entienden que la pericia es un auxilio para el juez, la de aquellos que consideran la pericia como una prueba en toda regla, y, por último, los que sostienen que ambas opiniones son compatibles y complementarias, de modo que, siguiendo a Schönke, la pericia, como fruto del trabajo desempeñado por el perito, sería “*un medio de prueba en sentido técnico, pero también un auxiliar del Juez en la valoración de los hechos de la prueba*”²³⁷. Pasaremos, pues, a valorar cada una de estas

²³⁶ Cf. GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, Madrid, 2001, 339.

²³⁷ VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, C., “Naturaleza jurídica de la pericia”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1951, p. 9.

tres posturas para determinar cuál es la que realmente se adecúa y conforme la naturaleza jurídica de la pericia.

En primer lugar, en el c. 1574 CIC encontramos una remisión al trabajo del perito en aquellos casos que requieran una constatación de hechos con mayor información y detalle. Citamos textualmente el canon, que indica: “*Se ha de acudir al auxilio de peritos siempre que, por prescripción del derecho o del juez, se requiera su estudio y dictamen, basado en las reglas de una técnica o ciencia, para comprobar un hecho o determinar la verdadera naturaleza de una cosa*”. El empleo del término “auxilio” y la demanda o requerimiento de su intervención prescrita por derecho o por el juez nos están sugiriendo la actividad del perito como una ayuda personal al juez, que es quien en último término dicta una resolución sobre el asunto.

Una parte de la doctrina canónica se ha manifestado a favor de esta consideración del perito como un órgano auxiliar del juez e incluso como un consejero del órgano judicial²³⁸, cuyo dictamen es admitido como medio de prueba. Pero cabe destacar que los peritos son independientes y no forman parte del orden judicial, sino que simplemente aportan datos para ayudar al juez en su discernimiento y en la formación de su propia convicción sobre el caso²³⁹. De ahí que descartemos una coordinación o trabajo conjunto en la función decisoria del juzgador pero sí admitamos la influencia radical que puede llegar a tener la pericia sobre la decisión final (del mismo modo que unos testimonios, por su fidelidad y representación clarificadora de los hechos en cuestión, orienten la decisión del juez a la admisión inequívoca de dichas pruebas).

La redacción del c. 1574 CIC de la legislación canónica vigente puede dar lugar a equívocos a la hora de entender la función específica del perito; de ahí que en algún momento y a raíz de esta imprecisión se haya considerado al perito como un delegado o encargado del juez e, incluso, como una especie de juez técnico con una función judicial²⁴⁰. Que la terminología canónica incorpore la expresión de “*acudir al auxilio de peritos*” no implica que éstos asuman funciones estrictamente judiciales, entendiendo

²³⁸ Cf. LEFÈBVRE, C., “De peritorum iudicumque habitudine in causis matrimonialibus ex capite amentiae”, en: *Periodica de re morali canonica liturgica*, 65 (1976) p. 109.

²³⁹ Cf. VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, C., “Naturaleza jurídica... o.c., p. 9.

²⁴⁰ Cf. Com. c. 1574, en: PROFESORES DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico...o.c.*, p. 910.

por éstas las que suponen decidir o emitir una sentencia sobre unos hechos en conflicto, sino que el auxilio se ciñe únicamente a poner al servicio del juez unos conocimientos de carácter técnico²⁴¹.

El empleo de esta terminología ha provocado interpretaciones diversas sobre la función concreta del perito y su posición en el proceso, lo que ha hecho que la doctrina jurídica no haya conseguido, aún, unificar los criterios que determinen, con claridad, la categoría en la que se puede encuadrar. Algún sector incluso atribuye esta indeterminación a que su oficio le hace situarse en una posición intermedia entre el juez y el testigo²⁴².

Reiteramos que ninguna de estas apreciaciones pueden ser consideradas ni como correctas ni como ciertas. De hecho, la labor de auxiliar al juez ha sido entendida por algunos como si el Juez se desdoblara en el perito y prolongara su competencia para juzgar, dándole una potestad de decisión que en absoluto le corresponde. Esto de ninguna manera puede ser admitido, teniendo en cuenta que el perito es un sujeto ajeno al proceso que, aún siendo perito judicial porque haya sido nombrado por el juez a tal efecto, no puede participar ni compartir la función decisoria que compete única y exclusivamente a los jueces. Además, cabe decir que esta discusión afecta únicamente al perito judicial, porque su nombramiento proviene directamente del Tribunal, y por tanto, que sea el juez quien pide su intervención puede llevar a confundir la implicación del perito, acercándolo equivocadamente a la función judicial.

Por otro lado, en relación a la consideración como medio de prueba, encontramos a favor de esta tesis que los cánones referidos a los peritos quedan subsumidos en el título IV “De las pruebas” del CIC, lo que induce a pensar, sin lugar a dudas, que estamos ante un medio de prueba con idéntica autonomía a la que pudieran presentar los testimonios de los testigos, las declaraciones de las partes o la presentación de documentos. Así pues, a pesar de considerar la pericia como medio de prueba, a su vez discuten los autores sobre la verdadera identidad y naturaleza jurídica del perito

²⁴¹ Siguiendo a León del Amo, “*el dictamen no es una decisión judicial con efectos jurídicos, sino más bien una declaración de ciencia, en la cual el perito expone lo que él percibe en determinados hechos puestos a su consideración y lo que de ellos deduce. Por esto su declaración lleva consigo una cierta valoración de los hechos por sus características, por sus causas, por sus efectos, atendidas las circunstancias en que el hecho o hechos se producen*” (Cf. DEL AMO, L., “Valoración jurídica del peritaje psiquiátrico sobre neurosis, psicopatías y trastornos de la sexualidad”, en: *Ius Canonicum*, Vol. XXII, nº 44 (1982) p. 653).

²⁴² Com. c. 1574. en: PROFESORES DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico...o.c.*, p. 910.

judicial que, prácticamente, se sitúa en una posición intermedia entre los testigos y el Juez.

Comenzaremos a analizar, en línea con la segunda de estas posiciones doctrinales –si se trata de un medio de prueba–, el c. 1680 CIC²⁴³, en el que se acota el campo concreto con la mención de algunos supuestos en los que la pericia deviene en obligatoria, a no ser que, por las circunstancias, parezca evidentemente inútil. Son los casos en que exista impotencia (*coeundi*, no *generandi*) o falta de consentimiento por enfermedad mental o por alguna de las incapacidades recogidas en el c. 1095 CIC. La expresión que el c. 1680 CIC utiliza para referirse a la necesidad de acudir a los peritos es la de “*el juez se servirá*”, con lo que da a entender que es el propio juez el que debe solicitar la ayuda de los peritos para dirimir los hechos de la causa. Este canon especifica la actividad particular del juez en materia probatoria dentro de los procesos especiales, refiriéndose en este caso a los procesos matrimoniales.

Por consiguiente, siendo un medio de prueba desde el punto de vista técnico, ese carácter “auxiliar” se debe reconducir por la vía de “solicitar su intervención” y no en términos de “auxilio” y colaboración, reforzando así la imparcialidad y neutralidad de estos profesionales. Porque no siempre el juez podrá emitir un juicio sobre hechos cuya naturaleza desconozca, para lo que necesitará la cualificación de un profesional que venga a suplir y a rellenar ese vacío que, de continuar, no llevaría al juez –en términos canónicos– a adquirir finalmente la requerida “*certeza moral sobre el asunto que debe dirimir*”²⁴⁴ a la hora de dictar cualquier sentencia. En todo caso, el perito nunca juzga a modo de juez, sino que tan sólo es un órgano de prueba con la función de percibir (*peritus percipiendi*) y de deducir (*peritus deducendi*)²⁴⁵.

Por otro lado, es cierto que se han encontrado situaciones en las que los peritos han sido reconocidos como testigos cualificados, indicando los defensores de esta

²⁴³ Aunque observamos la redacción vigente del CIC en esta transición hasta la entrada en vigor del MP MIDI, advertimos que este canon ha sido derogado por el c. 1678 § 3 CIC.

²⁴⁴ Cf. c. 1608 CIC. El concepto de “certeza moral” se ha convertido en el referente y guía de toda decisión en el proceso canónico, pues se espera que una sentencia sea justa en la medida en que se hayan despejado todas las dudas e incertidumbres que constituyeron el punto de partida del proceso. Por tanto, aunque se admite la imposibilidad de alcanzar una certeza absoluta (imposibilidad ratificada por la limitación del ser humano y para admitir y garantizar las reclamaciones oportunas de las partes afectadas por una decisión que no responda a la realidad de los hechos) se pide que la misma se fundamente en aquello en lo que radique mayor probabilidad de ser cierto.

²⁴⁵ Cf. DEL AMO, L., “Valoración jurídica del peritaje...” o.c., p. 653.

calificación que ambos aportan conocimientos al proceso sobre los hechos controvertidos, quedando así un tanto desdibujada –aparentemente– la frontera que separa ambas figuras. Y se justifica su diferenciación precisamente en función de un criterio temporal, teniendo en cuenta la relación que une los conocimientos que ambos, testigo y perito, han adquirido y también sobre el modo o la situación que ha conllevado ese conocimiento particular.

En primer lugar, el testigo suele conocer algo de forma espontánea, es decir, suele estar en el momento y lugar oportuno en el que los hechos se están desarrollando, pudiendo observarlos y presenciarlos por sí mismo de manera directa o a través de otra persona que actúa como fuente primaria de información. Pero es evidente que cuando el testigo acude al Tribunal para aportar aquello que conoce sobre los hechos controvertidos, su relato versará sobre conocimientos ya pasados o históricos, y a la hora de reconstruir los hechos, se limitará únicamente a exponer aquello que hubiera captado por los sentidos y que recupere del recuerdo de su memoria.

Por el contrario, el perito se encuentra con unos hechos que él no ha vivido ni experimentado en primera persona, sino que parte de hechos presentes como método que le sirva para remontarse al pasado y así colocarse en situación de valorarlos desde la perspectiva temporal que los originó. Así pues, el conocimiento del perito no se ha manifestado de manera espontánea o como resultado de un suceso ajeno al proceso, como sería el caso del testigo, sino que su intervención comienza en el momento en que es llamado a intervenir en el proceso aportando sus conocimientos especializados, lo que llevaría a considerar su participación como una intervención rogada o pedida por el Tribunal. Así pues, el perito aporta unos conocimientos a partir de unos hechos presentes y en base a unos procedimientos que le permiten retroceder a hechos pasados e incluso emitir una valoración sobre posibles consecuencias en el futuro.

En este estudio debemos desentrañar todos aquellos errores que, fruto de una mala lectura e incluso de una deficiente praxis en los Tribunales eclesiásticos, supone la asunción ciega de figuras contrarias a las disposiciones del ordenamiento jurídico canónico y también del sistema garante de una justicia independiente. En contra, por tanto, de esas interpretaciones desencaminadas y a favor de reivindicar que se reconozca la pericia como un medio de prueba, encontramos otros preceptos que no dejan lugar a duda sobre su verdadera naturaleza jurídica. Además, no se debe examinar la pericia desde la relación que tiene el perito con el Tribunal ni siquiera, entendemos, en función

de cómo ha sido llamado a intervenir, sino que ha de valorarse el dictamen como un resultado autónomo al que se le puede conferir una identidad propia y considerar propiamente como un medio de prueba, al margen del sujeto que lo ha elaborado.

Quizá la forma que se ha empleado en el Código de Derecho Canónico a la hora de acotar cada una de las partes integrantes del Título IV, “*De las pruebas*”, no ha sido del todo correcta, teniendo en cuenta que, en relación al tema que nos ocupa, parece centrarse en los peritos, como agentes de la prueba, al etiquetarlo con el nombre “*De los Peritos*”, cuando hubiera sido más acertado concretar el apartado refiriéndose a lo que en efecto constituye la prueba pericial, como es el dictamen. Consideramos digno de señalar –como una forma de alabar el acierto de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000– el título adjudicado a este tipo de prueba que podemos consultar en la Sección 5ª del Capítulo VI de la legislación procesal civil, “*Del Dictamen de Peritos*”. Quizá este epígrafe representa con mayor exactitud y fidelidad el contenido de este particular medio de prueba evitando así una dispersión sobre su verdadera esencia.

Por tanto, el auxilio al que se refiere la redacción de los cánones que a él apelan no pretende dotar al dictamen y a sus autores de un carácter totalmente dependiente de la función jurisdiccional, sino que se ha de entender en términos de apoyo que permita el esclarecimiento de la verdad de los hechos al igual que ocurre con el resto de pruebas propuestas y practicadas. No obstante, amén de las interpretaciones que se hagan sobre la naturaleza jurídica de la pericia, se hace necesario sanar algunas prácticas por parte del juez eclesiástico que estarían informando de lo contrario e induciendo a confusión. Incluso, este hábito requeriría modificar previamente la redacción del precepto y precisar la naturaleza jurídica como medio probatorio, evitando la expresión “*el juez se servirá*” del c. 1680 CIC por la de “*el juez solicitará la intervención de uno o varios peritos*” y también, en el c. 1574 CIC, “*se ha de acudir al auxilio de peritos*” por “*se ha de pedir la intervención de peritos*”.

De hecho, los peritos o el fruto de su labor (los dictámenes elaborados por ellos) aparecen en un momento procesal oportuno para la práctica de las pruebas y su trabajo concluye antes de la publicación de la causa, no teniendo opción de personarse posteriormente ni por requerimiento de las partes ni porque así lo ordenara el juez de oficio. Además, es el juez el que fija al Perito los términos en los que éste debe pronunciarse o las cuestiones a las que debe responder en su dictamen (c. 1577 §2 CIC) y también le delimita el tiempo del que dispone para entregar su dictamen. Por tanto, la

intervención de los peritos está reglada y conducida, desde un primer momento, por el Juez, queda circunscrita a la fase instructoria y su colaboración no se prevé más allá de esta fase, prosiguiendo la fase discusoria que compete únicamente al colegio de jueces.

Todos estos detalles que conforman la prueba pericial alertan sobre la imposibilidad de reducir el trabajo del perito a una mera función auxiliar o de colaboración, más aún cuando se constata que los dictámenes no son vinculantes para el juez según lo dispuesto en el c. 1579 §1 CIC: *“El juez ha de ponderar atentamente no sólo las conclusiones de los peritos, aunque éstas sean concordes, sino también las demás circunstancias de la causa”*. Y para despejar cualquier duda en torno a la supeditación del juez al contenido de la pericia o al parecer del perito, en el parágrafo 2 del mismo canon, se impone al juez el deber de motivar la aceptación o el rechazo de las conclusiones de los peritos, todo ello en favor de la independencia del juez y su libertad para estimar el valor probatorio de la pericia dentro de los límites de la lógica y en virtud del principio de libre apreciación de la prueba.

Por tanto, para quienes pretenden defender que la pericia tiene un poder determinante para dirimir una cuestión, lo que acabamos de señalar rebate cualquier pensamiento en esta línea. De hecho, es el perito quien suple el desconocimiento del juez ante una determinada cuestión, que, por pertenecer a otra disciplina, bien puede reconocer que no posee el discernimiento ni la intuición suficiente para elaborar un juicio cierto y sensato. Ahora bien, esta forma de suplir la falta de conocimientos especializados en una materia concreta sólo se ciñe a una mera aportación y explicación de los datos que se ignoren, pero no puede suponer, en ningún caso, un reemplazo del juez por el perito para que éste decida sobre el asunto en cuestión. Como por ejemplo, cuando las partes acuden al auxilio de los peritos conforme lo establecido en el c. 1581 CIC, hablamos en términos de ayuda para las partes que los contratan y que aportan los dictámenes al proceso, pero nunca supondrá que éstos sustituyan a las partes y ocupen el lugar que éstas tienen en el proceso. Así pues, ha de entenderse como una relación de subordinación y como consecuencia de una encomienda, ya proceda el encargo del juez (designación de oficio o a propuesta de las partes) o sea directamente designado por las partes y soliciten la aprobación del juez.

Ya hemos visto al inicio de este Capítulo cómo en el devenir de la historia la pericia ha ido configurándose a la par con la evolución de los tiempos, adquiriendo rasgos y caracteres muy marcados conforme estuvieran estructuradas las leyes y según

la etapa histórica y política del momento. De hecho, es innegable la importancia que ha ido cobrando en el ámbito canónico por tratarse de un instrumento que ha demostrado su gran utilidad a partir del desarrollo de las ciencias médicas, psicológicas y psiquiátricas, fundamentalmente.

Ciertamente, creemos relevante rescatar el debate sobre la naturaleza jurídica de la pericia en este estudio aunque la legislación procesal canónica le confiera, sin lugar a duda, la categoría de prueba, porque la praxis de algunos Tribunales Eclesiásticos ha venido alertando del peso excesivo que vienen teniendo los dictámenes realizados en el marco de los procesos de nulidad matrimonial, desnaturalizando así la distancia que debe imperar en la práctica y valoración de la prueba. Tanto es así que este tema se ha convertido en objeto de preocupación para la Santa Sede, encaminando los discursos anuales del Romano Pontífice a la Rota Romana en la dirección de recordar el verdadero sentido y valor de la pericia y evitar así abusos consentidos. En alguna ocasión hemos podido escuchar en foros de canonistas cómo alivia el peso de la responsabilidad de juzgar el poder contar con un dictamen pericial que de forma contundente se impone con una conclusión irrefutable.

Igualmente, muchos operadores de la justicia eclesial han reconocido no poder oponerse a las conclusiones de un perito que ha identificado una determinada conducta con carácter de gravedad. No vamos a entrar a enjuiciar, de ningún modo, esta visión un tanto extendida y que opera en la práctica de muchos Tribunales, pero ciertamente también hay que admitir que paulatinamente se ha autorizado a los peritos, de forma discreta y a veces hasta inconsciente, a entrometerse e inmiscuirse más allá de lo que les corresponde, utilizando para ello un lenguaje que resulta un tanto persuasivo para los jueces, y que si lo analizamos al hilo de lo que venimos exponiendo, constatamos en realidad la transmisión de un mensaje que les obliga a acoger su dictamen sin apenas cuestionarlo o confrontarlo con el resto de las pruebas.

En conexión con esta idea y a la luz de lo prescrito en el c. 1680 CIC, que permite al juez considerar la pericia como algo inútil si las circunstancias de la causa así lo demuestran –incluso en aquellos procesos en los que la legislación lo ordena de manera imperativa–, podemos encontrar una excepción justificada por la presencia de pruebas suficientes y notorias que llevan a prescindir de la pericia. Pero, además, el Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica se posicionó en su respuesta de 16 de junio de 1998 en favor de esta posibilidad si las condiciones sociales, culturales y

normativas de un país generan problemas para el ejercicio de estos profesionales ante los Tribunales Eclesiásticos²⁴⁶. Sirva esta apreciación para apoyar el papel secundario del perito en el proceso aun cuando su llamamiento e intervención deviene en obligatorio por el carácter preceptivo y vinculante de los cánones. Pensemos, pues, que si su autoridad fuera análoga o coadyuntante respecto al juez, tal vez no se articularían este tipo de concesiones que flexibilizan el engranaje de la prueba pericial.

Con todo esto vemos cómo existen razones evidentes que sitúan a la pericia como prueba y cómo una lectura a base de entrelazar y desgranar el significado y la intencionalidad de los cánones nos confirma la veracidad de esta conclusión.

Si en la legislación civil destacaba una privatización de la pericial (con las excepciones previstas para los procesos no dispositivos, entre ellos los procesos de familia), reforzando así la configuración como medio de prueba, en el ámbito canónico se va a otorgar más peso a los dictámenes provenientes de la intervención judicial en cuanto al encargo y a la designación del perito. Quiere esto decir que en el caso de los dictámenes extraprocesales, pese a que se permita su incorporación al proceso, no van a ser considerados como un peritaje en sentido estricto cuando no existen unos artículos definidos procesalmente a los que deba someterse el dictamen. La actuación de oficio por parte del juez a la hora de plantear la prueba pericial, –inducido por el imperativo legal según los casos– parece corroborar la idea de que el perito es un auxiliar del juez, reforzando el supuesto vínculo entre ellos. Ahora bien, aunque los dictámenes extraprocesales no sean prueba judicial en sentido propio, esto no obsta para restar el valor de prueba a las pericias realizadas por encargo del juez, bien de oficio o a instancia de parte. Así pues, que el peritaje provenga de la designación judicial no condiciona ni altera la naturaleza probatoria de la pericia.

Por último, cabe señalar que en el c. 1424 CIC se contempla la posibilidad de que “*en cualquier juicio, el juez único puede servirse de dos asesores, clérigos o laicos de vida íntegra, que le ayuden con sus consejos*” o, cuando sea obligatorio nombrar un tribunal colegial pero cuando no sea posible constituirlo en primer grado del juicio, “*la Conferencia Episcopal puede permitir que, mientras dure esa posibilidad, el Obispo encomiende las causas a un único juez clérigo, el cual, donde sea posible, se valga de*

²⁴⁶ Cf. MORÁN BUSTOS, C.M. Y PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de Matrimonio...* o.c., p. 348.

la colaboración de un asesor y de un auditor” (Cf. c. 1425 § 4 CIC²⁴⁷). Ahora bien, como viene a sostener la doctrina, estos asesores no se consideran ni pueden entenderse como consejeros privados o extrajudiciales, sino que ayudan al juez con sus indicaciones y advertencias y están disponibles para responder a sus posibles consultas²⁴⁸. Mucho menos se puede considerar que tengan una implicación profesional que examina y evalúa unos hechos como si de un perito se tratara.

2.3.1. La naturaleza jurídica de la *recognitio periciae*

Aunque el Código de Derecho Canónico y también la Instrucción *Dignitas Connubii* prevén el reconocimiento del perito en sede del Tribunal en el c. 1578 §3 y art. 211 respectivamente (esta última presentando algún matiz novedoso que podría ilustrar nuestro particular objetivo y por lo que le dedicamos un apartado en nuestro estudio), la alusión a esta posibilidad aparece como algo que pudiera darse de forma eventual y no como una oportunidad real para completar el desarrollo de la prueba pericial. Tal y como aparece descrito, se trata de un procedimiento que puede celebrarse o no según lo estime el juez. De hecho, generalmente los peritos elaboran sus dictámenes y los envían al Tribunal sin necesidad de ser requeridos para comparecer ante el Tribunal.

En este precepto, bajo el halo de la discrecionalidad del juez que decide si estima necesario citar o no al perito, se presentan dos finalidades a perseguir con esta audiencia: por un lado, el reconocimiento de sus conclusiones y su ratificación delante del juez y por otro, la ocasión de añadir las explicaciones suplementarias que parezcan necesarias.

Aunque en el CIC '83 este trámite aparece comprendido como parte de un todo, es decir, como el paso final que viene precedido por la elaboración y entrega del dictamen, no nos pasa desapercibido que la Instrucción DC lo recoge en un artículo

²⁴⁷ La reforma introducida por el Motu Proprio MIDI, contempla que ante la imposibilidad de contar con un tribunal colegial presidido por un clérigo, haya un único juez y este sea siempre clérigo, además de que cuente, cuando sea posible, con la ayuda de dos asesores expertos en la ciencia jurídica y humana (c. 1673 § 4 CIC reformado). Esto que antes representaba una excepción –pues a tenor del c. 1425 § 1 CIC se reservaba a un tribunal colegial de tres jueces las causas contenciosas sobre el vínculo del matrimonio–, ya no queda en manos de la Conferencia Episcopal concederlo, sino que es el propio Obispo el que decide sobre su necesidad.

²⁴⁸ Cf. Comentario c. 1424, en: PROFESORES DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico...o.c.*, p. 840.

aparte, separado de lo que propiamente atañe a la elaboración del dictamen con las características propias que lo definen como tal. Este es un detalle que debemos valorar a efectos de considerarlo como parte de un proceso pero que parece reclamar, al mismo tiempo, cierta autonomía; como si se erigiera en un mecanismo necesario para completar un itinerario y a su vez, capaz de introducir aspectos y datos sobrevenidos.

Cuando se hace alusión a que el perito “*añada las explicaciones suplementarias*” se está admitiendo que pueda incorporar al proceso datos sobre hechos que antes no habían aparecido y que ahora se agregan para mejor enlazar el origen y la fenomenología de los hechos registrados hasta el momento. El perito, por tanto, puede encontrar en el examen realizado hechos nuevos que no estaban recogidos en los autos de la causa y que pueden resultar elementales para el desarrollo del proceso, de modo que, suponiendo esta innovación, queda aún más patente la reafirmación del carácter probatorio que aporta y conlleva este momento procesal y, asimismo, queda demostrado que con este trámite se constata la autonomía científica del perito y la cooperación con el Tribunal desde su propia parcela de conocimiento y especialización²⁴⁹.

Aún suponiendo que no haya elementos novedosos para incorporar al proceso, la personación del perito ante el juez permite que éste pueda solicitar al perito explicaciones en un lenguaje menos técnico y de fácil comprensión para el juez, ayudándole, por tanto, a aclarar conceptos y términos y permitiendo que el juez pueda formular preguntas al perito para comprender mejor el dictamen.

Otra de las peculiaridades que merecen ser resaltadas de esta comparecencia y que apoyan la versión sostenida sobre la identidad probatoria de la pericia, viene a ser la posibilidad de que se produzca el contradictorio procesal, permitiendo así a las partes intervenir para pedir aclaraciones, explicaciones y puntualizaciones sobre aquello que no fuera de fácil comprensión y que necesiten conocer para mejor defender su derecho, una vez que se han practicado todas las pruebas. Debemos anotar, incluso, la posibilidad de que esas aclaraciones susciten la necesidad de solicitar una nueva pericia para contrastar las conclusiones del perito, pues cabe recordar que este reconocimiento en sede judicial se realiza aún en fase de instrucción, pudiendo admitirse nuevas pruebas y la consiguiente práctica de las mismas. Como vemos, en el momento de la ratificación

²⁴⁹ Cf. TACERO OLIVA, J.E., *Nueva aproximación a la pericia psicológica desde la dimensión personal del matrimonio y del proceso*, Toledo, 2002, p. 145.

del perito son varias las posibilidades que suscita su presencia y, como comentaremos en su momento, analizando este acto en la dinámica procesal, detectamos que no se viene a aprovechar lo suficiente por parte de los jueces y se prescinde de esta oportunidad que se les brinda para ahondar aún más en la verdad de los hechos. Esta coyuntura sigue ajustándose a los parámetros de práctica de la prueba y verifica, a su vez, su esencia y naturaleza estrictamente probatoria.

Cuando explicábamos con anterioridad las razones esgrimidas para ratificar que el perito auxiliaba al juez haciendo del ejercicio de su oficio un medio de prueba, partíamos de esa separación entre la ciencia canónica y la ciencia específica que asistía y cooperaba en pro de descubrir la verdad. Una relación, pues, de independencia y al mismo tiempo de reciprocidad. Y por eso, esta apreciación se puede unir a las anteriores para continuar defendiendo que el juez se sirve de los peritos sin ser influenciado o quedar vinculado por ellos en todo aquello que pudieran aducir en sus conclusiones. Una razón más, por tanto, para propugnar que la pericia constituye un auténtico medio de prueba.

2.3.2. La naturaleza jurídica de la pericia sobre las actas del proceso

Antes de finalizar este apartado de la naturaleza jurídica en el ámbito canónico, cabe analizar brevemente uno de los instrumentos sustitutivos de la pericia del que dispone la praxis canónica, utilizado en aquellos casos en los que resulta imposible realizar un examen directo sobre el demandado, bien porque se niegue a someterse a ella o porque sea imposible contactarle. Nos referimos a la llamada *pericia super actis*, una novedad que se ha incorporado en los procesos canónicos de nulidad recientemente y que muchos califican como pericia en sentido amplio, atribuyéndole los mismos efectos que al examen que procede de la evaluación directa realizada sobre una persona o un objeto.

Resulta obvio –en parte por todo lo expuesto hasta ahora– que, no existiendo una inmediación a la hora de realizar esta evaluación, no podamos conceder a esta solución el mismo valor que a la pericia realizada en toda regla. Porque, en efecto, se trata de una alternativa que se permite o acepta en los casos en que la parte que debe ser examinada se encuentra ausente en el proceso o se niega a someterse a dicho examen. Por tanto, *a priori*, se trata de un elemento más que debe ser considerado en el conjunto de las pruebas para salvar así la obligatoriedad del precepto canónico.

Podríamos señalar que se trata de un examen incompleto, que parte del análisis de los componentes ineludibles que operan en la práctica normal de la pericia. Así pues, el c. 1577 §2 CIC manda que se entreguen “*al perito las actas de la causa y aquellos otros documentos y adminículos que pueda necesitar para cumplir bien y fielmente su cometido*”, y de hecho, cuando no se puede realizar el examen directo, esta es la única información de la que puede disponer el perito para pronunciarse sobre los hechos sometidos a su estudio. Ciertamente sus conclusiones pueden convertirse en meras intuiciones o valoraciones superficiales que, por carecer de datos elementales, no gozan de la trascendencia deseable. Observamos, por tanto, que falta el integrante fundamental que caracteriza la pericia y al que se añade el estudio de las actas y demás adminículos para contextualizar los hechos y ofrecer al perito una visión más completa de aquél o aquello que deba observar, constatar y valorar. Pero por sí mismos, ni las actas ni demás adminículos pueden constituir el objeto de la pericia ni pueden ser considerados suficientes para elaborar un dictamen. De ahí que este instituto jurídico del que nada señalan los cánones ni los artículos de la Instrucción *Dignitas Connubii* se prevea como un recurso frecuente en este tipo de procesos aunque no haya sido concretado como tal ni exista una regulación específica que clarifique los términos de la elaboración del correspondiente informe.

En base a este presupuesto, el Tribunal de la Signatura Apostólica, en su respuesta de 16 de Junio de 1998 anteriormente mencionada, considera conveniente que se acuda a esta alternativa y le otorga validez en la medida en que delimita cómo debe denominarse esta práctica y cómo ha de considerarse en función de lo que en realidad aporta al proceso. Así pues, menciona como posibilidad que se pueda pedir al perito que exprese su parecer, por medio de un voto y examinando únicamente las actas, en torno a aquellas cuestiones planteadas por el juez. Y lo más importante, subraya la importancia de que sea considerado de modo diferente a como se valora la pericia en sentido técnico, pues no se puede confundir de ninguna manera con la pericia, que requiere una inspección directa por parte del experto. De ahí que será importante el modelo o formato escogido por el juez para realizar esa solicitud o planteamiento del cuestionario.

Esto supone que muchos jueces no distinguen el instituto jurídico de la pericia, consagrado y admitido en la normativa canónica, de lo que comporta el instituto jurídico de la *pericia super actis*, introducido en el proceso a raíz de tener que enfrentar la problemática de la imposibilidad de realizar la pericia con el examen directo. De

hecho, al no existir regulación expresa sobre esta figura, los jueces no cuentan con una referencia que les oriente sobre cómo actuar y, muchas veces, esta carencia conlleva que se resuelva la práctica de este voto con las indicaciones previstas para la pericia, de manera que el perito llega a emitir un informe basándose en un contenido deficitario pero con unas conclusiones que van más allá de lo que en realidad podría o debería manifestar.

A este resultado desmedido se puede llegar, por tanto, por el simple hecho de no abordar convenientemente, por un lado, la necesidad de recurrir al perito y por otro lado, la utilidad de su intervención cuando partimos y contamos con unos medios tan limitados. En este sentido podemos interpretar a favor de lo que venimos comentando que la respuesta de la Signatura Apostólica no se pronuncie en absoluto sobre la exigencia de recurrir a este voto sobre las actas cuando los preceptos normativos ordenan la práctica de la prueba pericial en determinados supuestos, dándonos a entender, por tanto, que, aún no pudiéndose realizar la pericia propiamente dicha, cabría la posibilidad de no recurrir a esta opción, máxime cuando, como ya ha apuntado algún autor, su práctica puede llegar a “*provocar un retraso desproporcionado a su utilidad*”²⁵⁰. Pero, también es cierto que, si a juicio del juez no consta la evidente inutilidad, nada obsta para que éste solicite la intervención del perito para sustanciar parcialmente –y así consignarlo por escrito– todo lo que pueda recabar y extraer del examen sobre las actas.

Pensemos, por ejemplo, que las causas que versan sobre aspectos psicológicos y que abarcan un estudio psicosomático de la persona humana no responden a un modelo de valoración lógico-deductivo, sino más bien experimental²⁵¹ y proveniente de aquello que se puede percibir por la transmisión directa de un sujeto y a través de la comunicación de las propias sensaciones y emociones. Para algunos autores queda suficientemente claro que sólo el dictamen de los peritos procedente de un examen directo puede constituir un medio de prueba y que cualquier otro procedimiento, por similar que parezca, supone únicamente la intención de ofrecer al juez un abanico más amplio de conocimiento pero defendiendo, a la hora de ponderar las pruebas, que ha de ser considerado de modo diferente a como se valora la pericia, lo que supone, además, que no se trate de un medio probatorio aunque lo que aporte pueda ser de gran ayuda

²⁵⁰ MORÁN BUSTOS, C.M. Y PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de matrimonio...* o.c., p.350.

²⁵¹ Cf. TACERO OLIVA, J.E., *Nueva aproximación a la pericia...* o.c., p. 144.

para el juez. No obstante, por nuestra parte defendemos la seriedad y la garantía que puede ofrecer este proceder –máxime cuando desde la experiencia profesional se constata su utilidad y eficacia– hasta el punto de poderla considerar como una pericia.

3. La transcendencia de la prueba pericial en los procesos matrimoniales

El recurso cada vez más frecuente a este medio de prueba en sus diferentes tipos y modalidades y la evolución de las diferentes ciencias en orden a informar con mayor exactitud y acierto ha evidenciado el valor creciente que se otorga a la prueba pericial, hasta el punto que, en determinados procesos, su práctica deviene en imperativa e imprescindible. Concretamente, queda suficientemente demostrado que en los procesos de familia se ha intensificado la solicitud del parecer de psicólogos (independientemente de su procedencia) por parte de los jueces para conseguir así una valoración de aquello que tiene que ver con el estudio de las condiciones psicológicas de los actores jurídicos.

Será más adelante cuando analicemos con detenimiento cuál es el sistema que rige en la valoración de las pruebas, pero ya en esta primera parte, debemos adelantar algunas cuestiones al respecto, orientadas sobre todo a verificar el papel que desempeña en la dinámica procesal y el peso que representa y no tanto a definir las reglas que intervienen para su valoración en la forma de estimar los resultados presentados, de lo que ya nos ocuparemos en otro apartado.

Por tanto, para calificar y analizar el peso que tiene la prueba pericial hay que acudir indudablemente a los aspectos que definen su naturaleza jurídica para descartar que la función consultiva y asesora del perito pueda considerarse una función propiamente judicial. Además, el hecho de que su práctica se establezca de forma preceptiva no implica que el mismo grado de obligatoriedad incida necesariamente en la asunción por parte del juez de la totalidad de las conclusiones a las que ha llegado el perito. Pero en esta consideración conviene tener en cuenta también la naturaleza del objeto del litigio y su carácter público o privado. Ciertamente, podríamos decir que la prueba pericial, por sí misma, no sobresale en importancia respecto al resto de pruebas, aunque por su contenido sí podría revelarse especialmente clarificadora de la cuestión, sobre todo, ante determinados supuestos.

La transcendencia que pueda tener una prueba pericial mucho tiene que ver con su credibilidad y también con la información especial que pueda revelar, sobre todo si no sólo demuestra que hay concordancia con los hechos manifestados, sino que además

promueve una solvencia y originalidad que le hace ser merecedora de confianza por parte del juez. Pero hay otros matices que determinan que el influjo de la prueba pericial pueda ser menor o mayor, y esto depende de varios factores, como es la cualificación profesional del perito, el método que ha observado (pudiendo ser más simple o más completo, aportando además documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer lo que hubiera sido objeto de la pericia conforme al art. 336.2. LEC), las condiciones de observación o reconocimiento (dedicación del tiempo suficiente para hacerse cargo de una situación), la proximidad en el tiempo y el carácter detallado del dictamen y también el criterio de una mayoría que concuerda en el contenido fundamental del dictamen²⁵². Desde luego, todos estos criterios representan los parámetros de la fiabilidad en términos probatorios, de modo que un desarrollo coherente de cada uno de ellos posibilitará que la prueba pericial ocupe un lugar de mayor consideración.

Ahora bien, independientemente de estos y otros factores que concurren para realzar el peso de la prueba pericial y que se suceden para una correcta valoración del dictamen, debemos situarnos en la realidad de los procesos matrimoniales y, sin que medie un análisis de cómo ha de procederse a su valoración –pues será este un epígrafe que se abordará en capítulos posteriores–, determinar si en este tipo de procesos la prueba pericial tiene o no relevancia y justificar los razonamientos que verifiquen estas conclusiones.

En primer lugar, al constatar el aumento de los procesos matrimoniales en nuestro país con las motivaciones que rigen las especialidades y consecuencias jurídicas previstas por las legislaciones civil y canónica para quienes acuden a ellos con el fin de obtener una resolución oficial sobre su estado personal, entendemos que cada vez es más frecuente la intervención de los profesionales forenses, concretamente del campo de la psicología y psiquiatría.

Ahora bien, la especialidad de estos procesos matrimoniales no parece exigir la preeminencia de la prueba pericial aunque sea la prueba más utilizada, la que posiblemente aporte un número de datos mayor y más completo y desde la que quizá se pueda extraer además los índices de sinceridad y fiabilidad presentes en el resto de pruebas por alusión en la propia pericia y que pueden advertir y alertar de actitudes

²⁵² Cf. SEOANE SPIELGEBERG, J.L. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, 2ª ed., Navarra, 2007, p. 409.

dolosas y contrarias a la buena fe²⁵³, algo imprescindible en la colaboración desde y para la verdad.

En los juicios de separación o divorcio cualquiera de los padres o incluso el propio Juez puede solicitar la prueba pericial (en este contexto se alude generalmente al Informe Psicosocial en aquellos procesos donde opera la justicia gratuita o porque así lo requiera el juez al Equipo especializado, aunque no tiene el carácter de pericia), y con esta evaluación psicológica forense se pretende que se examine a los padres y a los hijos para elaborar un informe que responda a las cuestiones objeto del litigio, y de esta manera aconsejen o recomienden la atribución de la custodia a uno o a otro o se opte por la custodia compartida, ponderando ante todo los lazos emocionales entre el niño y las personas que solicitan la custodia y el tiempo que el niño ha estado en un entorno determinado. Incluso, puede ocurrir que aportando junto a este informe otro que pudiera apostillar razones graves tendentes al maltrato o abandono de los hijos –por ejemplo, por el padecimiento de enfermedades mentales, conductas y actitudes delictivas o por conductas adictivas de cualquier orden–, se proceda a retirar a ambos la custodia dejando que sea el Estado a través de una Institución pública quien se haga cargo del niño.

Para estos casos, resulta evidente que la aportación de los conocimientos científicos relacionados con la psicología infantil y otras ramas científicas que tengan por objeto el estudio de las relaciones interpersonales son elementales para ofrecer al juez una ayuda destinada a ordenar las medidas que mejor representen o favorezcan el interés del menor. El juez puede conocer por una experiencia más o menos cercana con la realidad familiar, a través de la experiencia propia o por referencias, cómo suelen ser las reacciones habituales que resultan de los conflictos y rupturas matrimoniales. Ahora bien, este no puede ser un indicativo veraz e indiscutible de manera que pueda valorar por sí mismo la conveniencia de adoptar una u otra decisión. Por esta razón, las partes o el juez, de oficio, debe pedir un informe que abarque la esfera psicológica y social de toda la unidad familiar, explorando a todos sus miembros para profundizar en la interacción que mantienen entre ellos. Si el informe resultante no se pronuncia sobre cada individuo ni tampoco ofrece una información íntegra, esta pericia no reflejará la

²⁵³ Cf. BALLUS PASCUAL, C., “Las pericias psicológicas y psiquiátricas en los casos de nulidad matrimonial”, en: *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro*, vol. VIII, Salamanca, 1989, p. 323.

validez de aquello que el juez necesita para adoptar su decisión. No obstante, depende también del juez que delimite claramente qué necesita conocer y las preguntas que formule han de estar enfocadas en la misma dirección, tendentes a buscar una respuesta sobre el grado de competencia que pueden tener los padres en relación a la custodia de sus hijos. Al mismo tiempo, también se espera que este Informe sea práctico y asequible y muestre así una información acreditada, bien cimentada y comprensible para el juez.

¿Qué decir de las críticas que en ocasiones reciben estos Informes ante la disconformidad de alguno de los padres examinados? En estos casos, el sometimiento a la prueba pericial supone una prueba de idoneidad y después de sentirse evaluados, es normal que puedan discrepar de las apreciaciones de los especialistas, lo que lleva a hacer extensiva la crítica en relación no sólo a estos profesionales del equipo Psicosocial sino también en relación a los jueces, denunciando que las decisiones tomadas son fruto de una ideología sexista y que posiblemente los informes no gozan de la base científica que de ellos se espera. Es lógico que encontremos muchos supuestos en los que los jueces admiten con amplia aquiescencia los informes de los Equipos técnicos que evalúan este tipo de cuestiones, pero también es cierto que la finalidad de estos dictámenes se encuentra íntimamente relacionada con la identidad de los destinatarios de las medidas, es decir, con los menores objeto de análisis material y psicológico en cuanto a sus condiciones personales y sociales y, mediando una materia tan delicada y prioritaria en el orden de protección, la cautela y el sentimiento de responsabilidad son mayores.

Sin embargo, pese a la fuerza que en realidad tiene esta prueba para este tipo de procedimientos, no todo parece indicar que exista una importancia sublime que centralice todos los esfuerzos en torno a ella. De ahí que, en el art. 92.9 del CC, la intervención de estos profesionales pueda ser o no acordada según su facultad discrecional, o que no se exija que el especialista se ratifique, bastando con el informe que haga constar por escrito las recomendaciones ante las supuestas evidencias detectadas y que, finalmente, sean estas unas medidas por y para los menores en aquello que les ampare y beneficie.

De momento, lo que sí resulta evidente es que la simple creación de un Equipo Psicosocial en un Juzgado de Familia formado por psicólogos y trabajadores sociales, es un indicativo de que esta actuación adquiere peso en el proceso y la valoración y opinión de estos especialistas es tomada muy en cuenta. Esta labor no puede pasar

desapercibida menos aún cuando en la práctica se le atribuye un porcentaje alto de atendibilidad. Además, el informe será más vinculante para el juez en la medida en que se aprecie en él una calidad inestimable y se deduzcan recomendaciones que procuren paliar los estragos de la ruptura matrimonial de los padres y busquen por encima de cualquier interés legítimo que éstos pudieran tener el clima más apto para favorecer el desarrollo integral del menor, sobre todo en el bienestar psicológico.

Por otro lado, en una modificación de medidas, por ejemplo, el juez podría encontrarse con un informe de la persona responsable del punto de encuentro que presencia un hecho puntual cada cierto tiempo, como es la recogida del menor o la permanencia con uno de los padres. En estos casos los Jueces suelen conceder mayor peso a los dictámenes que elaboran los Equipos Psicosociales de los Juzgados que a los informes, porque se considera que pueden realizar una valoración más objetiva que lo que pueda trasladar un informe privado aportado por una de las partes.

En este tipo de informes psicosociales, la característica fundamental es que los mismos ofrecen consejos, recomendaciones y hasta facilitan pautas para el entendimiento mutuo entre padres e hijos, por lo que la capacidad de influir en el juez es mucho mayor que si se tratara únicamente de examinar y analizar simplemente unos hechos sobre la base de una formulación teórica y científica y con una técnica o método determinado. No es de extrañar que la admisión de estos dictámenes pueda alertar sobre la probable comodidad que supone para los jueces, pues remitiendo en la sentencia a lo dicho por los especialistas, la dificultad de la decisión se torna más liviana²⁵⁴.

Además, hay que pensar que cuando los especialistas intervienen, lo hacen en un ambiente de crisis, de manera que la evaluación forense conlleva, en la mayor parte de las ocasiones, una intervención multifuncional que supera los resultados de la mera práctica pericial. Se nos ocurre, por tanto, cual podría ser el radio de acción de estos profesionales en el contexto de las crisis matrimoniales elevadas al órgano jurisdiccional:

²⁵⁴ No obstante esta apreciación de ningún modo presupone que el perito esté proporcionando o sugiriendo al juez conocimientos en materia jurídica, pero sí es cierto que el sustento de los fundamentos jurídicos viene facilitado en gran manera por las conclusiones e indicaciones del perito (cf. MARCHENA, M., “De peritos, cuasiperitos y pseudoperitos” en: *Poder Judicial*, 39 (1995) pp. 233-251).

- Intervención en fases tempranas de la crisis, cuando se está gestando, de manera que se presenten vías de diálogo para gestionar y resolver satisfactoriamente los problemas familiares.
- Conseguir eliminar las barreras del entendimiento entre los progenitores que suponga una evolución positiva del régimen contencioso al de mutuo acuerdo, con el acompañamiento del profesional psicólogo.
- Diagnosticar cómo funciona el sistema familiar actual y a los que lo integran.
- Partiendo del modelo actual familiar y las peculiaridades que presenta, es posible enjuiciar una hipotética realidad futura y precedir las reacciones de sus miembros y posibles consecuencias.
- Análisis y valoración del impacto positivo que pudiera tener la intervención profesional del perito o del mediador para aconsejar un acompañamiento sucesivo de estos profesionales.

Muchos jueces han reconocido que la intervención forense de estos profesionales a través de sus dictámenes se encuentra en la actualidad muy extendida y afianzada, así como admiten que en el proceso decisorio previo a la emisión de la sentencia, conciben la decisión del pleito en función de las conclusiones del informe psicosocial. No consideramos necesario realizar un trabajo de campo para analizar el porcentaje de procesos de familia que se resuelven tomando como punto de partida estos dictámenes, porque todo aquel que siga de cerca la actualidad judicial conocerá por las propias manifestaciones de los jueces, que los datos apuntan a una cifra elevada de supuestos en los que se da la asunción del contenido total de estos informes. Incluso, hemos asistido recientemente a alguna noticia que ha presentado casos en los que aún cuando la postura de la ciudadanía se muestra contraria a admitir que se pueda autorizar un régimen de visitas en situaciones objetivamente inapropiadas e improcedentes (supuestos derivados de violencia de género), el juez se pronuncia a favor de ellos por el voto favorable del equipo psicosocial. Más aún, ya no sólo cuando la opinión pública rechaza estas decisiones, sino que se mantienen incluso cuando otros profesionales externos de la misma categoría y cualificación profesional hubieran aconsejado lo contrario²⁵⁵.

²⁵⁵ Recordamos el caso de un Juez de Aranjuez que concedió el régimen de visitas a un padre que se encontraba en prisión preventiva y estando acusado de haber asesinado a su mujer y

Pero quizá este panorama cambie para los casos más conflictivos en los que haya denuncias por malos tratos tras el pronunciamiento del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, que en el pasado mes de agosto de 2014 condenó a España por no proteger a una mujer víctima de violencia de género y a su hija, de siete años, a quien el padre maltratador asesinó en el año 2003 en una de las visitas acordadas en el régimen de separación de los padres. En este caso, a pesar de que el Informe Psicosocial aconsejaba que el padre de la criatura no se viera con la hija fuera del régimen tutelado, el Juez atendió la petición del padre y autorizó que pudiera ver a su hija en privado, donde en una de esas visitas a solas tuvo lugar el trágico suceso.

A raíz de este caso que llegó hasta la ONU, hemos visto cómo en el Dictamen del Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) se insta, bajo la forma de recomendación, a que los propios jueces sean instruidos de forma eficaz, de modo que en su proceder lleguen a observar lo pautado en la Convención adoptada por Naciones Unidas en 1979 –ratificada por 187 Estados, entre ellos España, y con su actuación salvaguarden los derechos de las mujeres maltratadas y los menores. lo que indica que amén de los Informes Psicosociales, quien tiene la última palabra en el proceso son los Jueces, exigiéndole de algún modo que ante este tipo de casos demuestre, si cabe, un amplio margen de dominio y autonomía para su decisión: *“Proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica que incluya formación acerca de la definición de la violencia doméstica y sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del Comité, en particular la Recomendación general núm. 19 (1992)”*²⁵⁶. Sin duda, lo Jueces continuarán valorando los dictámenes de los profesionales adscritos a su Juzgado, pero de algún modo, las medidas a adoptar vendrán casi impuestas de manera automática.

madre de la hija de ambos, de cuatro años. La familia materna que ejercía la patria potestad y la custodia presentó un recurso de apelación contra las visitas que recomendaba el equipo psicosocial y a estas medidas se opusieron la psicóloga y psiquiatra que atendían a la niña (<http://www.abc.es/sociedad/20141005/abci-juez-aranjuez-visitas-hija-201410041404.html> [Consultado el 15 de Diciembre de 2014])

²⁵⁶ Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Comunicación N° 47/2012, *González Carreño v. Spain*, Dictamen de 18 de julio de 2014, párrafo 11.b.iii.

Por tanto, y a modo de conclusión sobre este apartado en lo que a la jurisdicción civil se refiere, los dictámenes psicosociales no podrán invadir el espacio de la discrecionalidad e independencia del juez, sino que tan sólo procurarán aportar al juez su valoración sobre la vida afectiva, emocional, social o económica de los sujetos periciados. Se reconocerá la incidencia que tienen estos dictámenes en la medida en que los jueces recojan aquellos extractos del dictamen que consideren más prudentes, coherentes y apropiados en los que deban sustentar su resolución.

En la jurisdicción canónica el peso y la importancia de estos dictámenes ha sido manifiesta desde que se comenzó a definir su uso para los procesos matrimoniales y, aunque por parte de algunos sectores eclesiales hubo cierta reticencia a dejar que las ciencias de la Psicología y la Psiquiatría se inmiscuyeran en realidades sacramentales y humanas, también hubo mucha expectación y acogida por parte de otros grupos que alabaron las aportaciones de estas ciencias en su función de complementar aquellos espacios donde el canonista no era capaz de ahondar o que simplemente no tenía por qué conocer. Ya desde el Concilio Vaticano II²⁵⁷, en la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*, sobre la Iglesia en el mundo actual, se afirmaba que “Los científicos, principalmente los biólogos, los médicos, los sociólogos y los psicólogos, pueden contribuir mucho al bien del matrimonio y de la familia (...)”, algo que no sólo se entiende en sentido positivo, para preservar el bien de la familia, sino que como veremos a continuación, también se apoyará por parte del Magisterio Pontificio el uso de estas ciencias para que auxilien en momentos menos favorables.

Así pues, en atención a estos momentos menos dichosos en el marco de los procesos matrimoniales canónicos, la realización de la pericia puede ser una encomienda porque lo dispone el propio Derecho o porque el Juez lo estima necesario

²⁵⁷ El Concilio Vaticano II supuso el preludio de la normativa codicial que vería la luz en el año 1983, cuando se promulgó el vigente Código de Derecho Canónico. De hecho, todo el trabajo previo de redacción de las disposiciones del CIC’83 tuvieron presente el valor doctrinal y pastoral así como las normas prácticas del CVII. Del texto de la Constitución Apostólica *Sacrae Disciplinae Leges*, para la promulgación del nuevo Código de Derecho Canónico, se desprende esta aseveración que confirma lo dicho: “(...) en cierto modo puede concebirse este nuevo Código como el gran esfuerzo por traducir al lenguaje canonístico esa misma doctrina, es decir, la eclesiología conciliar. Y aunque es imposible verter perfectamente en la lengua canonística la imagen de la Iglesia descrita por la doctrina del Concilio, sin embargo el Código ha de ser referido siempre a esa misma imagen como al modelo principal cuyas líneas debe expresar él en sí mismo, en lo posible, según su propia naturaleza” (Cf. JUAN PABLO II, “Constitución Apostólica *Sacrae Disciplinae Leges*, para la promulgación del nuevo Código de Derecho Canónico”, en: *AAS* 75, Pars II, 1983, p. 11).

conforme establece el c. 1574 CIC. Puede ser preceptiva o facultativa, y aunque se presume que siendo obligatoria su peso sea mayor, se puede constatar que los Jueces conceden enorme importancia al dictamen aún cuando la ley permite que se pueda prescindir de él.

Desde luego, para conocer cuál es el grado de aceptación de estas ciencias desde su uso restringido para casos concretos o porque así lo estime oportuno el juez, debemos acudir ineludiblemente al Magisterio Pontificio que, a través de sus discursos anuales, ha ensalzado la innovación y el progreso de estas ciencias y han animado a no mostrar objeción ante ellas. Pero al mismo tiempo que han afirmado su enorme contribución para la comprensión de los actos y comportamientos humanos, también han recordado en varias ocasiones —en algunas de ellas con mayor vehemencia—, que hay que dar el valor justo que merece la pericia y no ponderarla en exceso hasta el punto de que la misma ensombrezca el resto de pruebas o que termine dominando e influyendo directamente en la voluntad del juez.

Así pues, traemos a colación una breve selección de textos con las intervenciones de algunos de los pontífices del S. XX que destacaron la validez de estas ciencias y su utilidad para la ciencia canónica²⁵⁸. El primero de ellos fue Pío XII, en su Discurso al Tribunal de la Rota Romana el 3 de Octubre de 1941, donde evidenciaba lo que suponían las novedades introducidas por la ciencia psiquiátrica y psicológica: *“De la incapacidad psíquica, fundada en un defecto patológico, las sentencias judiciales han aducido teorías presentadas como novísimas por los modernos psiquiatras y psicólogos; y esto es laudable ciertamente y señal de una asidua y larga investigación; dado que la jurisprudencia eclesiástica no puede ni debe dejar de lado el genuino progreso de las ciencias que se refieren a la materia moral y jurídica; y no puede reputarse lícito el rechazarlas sólo porque se trata de cosas nuevas. ¿Acaso la novedad es enemiga de la ciencia? Sin nuevos pasos más allá de la verdad ya conquistada, ¿cómo podría avanzar la humanidad en el conocimiento del inmenso campo de la naturaleza? Sin embargo, ha de examinarse y ponderarse con cuidado y con agudeza si*

²⁵⁸ Desde el año 1965 hasta la actualidad los Papas no han faltado a la cita anual con los Prelados auditores, oficiales y colaboradores del Tribunal de la Rota Romana, destacando el valor jurídico de sus intervenciones en forma de discursos y alocuciones (Cf. RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “Las *allocutiones* del Papa al Tribunal de la Rota Romana y su valor jurídico”, en: Bosch, J., (Ed.) *Cuestiones actuales de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 2015, p. 20 y ss.

se trata de verdadera ciencia y no solamente de vagas hipótesis y teorías, que no están sustentadas en positivos y sólidos argumentos: en cuyo caso, no servirían para constituir la base de un juicio seguro, que excluya toda duda prudente”²⁵⁹.

El Papa Pablo VI también se significó el 13 de Febrero de 1968, reconociendo, en relación a las decisiones de los Rotaes, que, “*a través de se incluirán en el nuevo Código los resultados felizmente reunidos de las más recientes elaboraciones del derecho civil de las Naciones, así como los datos adquiridos por la medicina y la psiquiatría*”²⁶⁰. Esta alusión resulta significativa teniendo en cuenta el carácter comparado de nuestro estudio, donde se pone de manifiesto que la Iglesia Católica no ha diseñado un sistema autónomo y ajeno a las exigencias de un proceso justo y garante de los derechos de las personas, sino que se inserta en la práctica común de las legislaciones civiles para configurar de manera similar su estructura formal e institucional.

Es famoso para los canonistas el discurso del Santo Papa Juan Pablo II del año 1987 que vino precedido por el Discurso del año 1984 en el que afirmaba con rotundidad cuál ha de ser la verdadera preocupación de la Iglesia y por ende, cuál es el bien que se debe proteger, indicando así la proporcionalidad que había de existir a la hora de contar con el progreso de las distintas ciencias. Así pues, se oponía a cualquier exclusión de las mismas pero al mismo tiempo alertaba contra un uso recurrente que delegue la capacidad de decisión: “*la preocupación por salvaguardar la dignidad e indisolubilidad del matrimonio poniendo un dique a los abusos y a la ligereza que por desgracia hay que lamentar en esta materia, no puede llevar a prescindir de los progresos reales e innegables de las ciencias biológicas, psicológicas, psiquiátricas y sociales; pues así se perjudicaría el valor mismo que se quiere tutelar, el matrimonio realmente existente y no el que tiene sólo apariencia de tal por ser nulo ya desde el principio*”²⁶¹. Y tres años después: “*Conocemos los grandes progresos realizados por la psiquiatría y la psicología contemporánea. Apreciamos cuanto estas ciencias modernas han hecho y hacen para aclarar los procesos psíquicos de la persona, tanto*

²⁵⁹ Pío XII. “Alocución a la Rota Romana de 3 de octubre de 1941”, en: *AAS* 33, núm. 11 (1941) p. 423.

²⁶⁰ PABLO VI. “Discurso a los miembros del Tribunal de la Rota Romana,” en: *AAS* 60 (1968) p. 206.

²⁶¹ JUAN PABLO II. “Discurso a los prelados auditores de la Rota Romana de 26 de enero de 1984”, en: *AAS* 76, núm. 7 (1984) p. 648.

conscientes, como inconscientes así como la ayuda que prestan mediante la farmacoterapia y la psicoterapia, a muchas personas con dificultades. Las grandes investigaciones realizadas y la notable dedicación de tantos psicólogos y psiquiatras son ciertamente dignas de alabanza. Sin embargo no se puede dejar de reconocer que los descubrimientos y las adquisiciones en el campo puramente psíquico y psiquiátrico no están en condiciones de ofrecer una visión verdaderamente integral de la persona, resolviendo por sí solas las cuestiones fundamentales relacionadas con el significado de la vida y la vocación humana. Algunas corrientes de la psicología contemporánea, no obstante, van más allá de la propia competencia específica, se entrometen en este otro terreno y en él se mueven bajo el influjo de presupuestos antropológicos no conciliables con la antropología cristiana. De ahí las dificultades y los obstáculos en el diálogo entre las ciencias psicológicas y las metafísicas y también la ética. Por tanto, entender de las causas de nulidad del matrimonio por limitaciones psíquicas o psiquiátricas exige, por una parte, la ayuda de expertos en esas materias, que valoren según su propia competencia la naturaleza y el grado de los procesos psíquicos que afecta al consentimiento matrimonial, y la capacidad de la persona para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio; por otra parte no dispensa al juez eclesiástico, al usar las pericias, del deber de no dejarse sugestionar por conceptos antropológicos inaceptables acabando por ser implicado en malentendidos sobre la verdad de los hechos y de los significados. En todo caso, no cabe duda de que un profundo conocimiento de las teorías elaboradas y los resultados alcanzados por las ciencias mencionadas ofrecen la posibilidad de valorar la respuesta humana a la vocación al matrimonio de manera más precisa y diferenciada de lo que lo permitiría la sola filosofía o la sola teología”²⁶².

Unos años más tarde, de nuevo Juan Pablo II alentaba a los Jueces del Tribunal de la Rota Romana a servirse de los avances de las ciencias sin que olvidasen ni se alejasen de las fuentes sobre las que se construye la doctrina en torno al matrimonio: *“Los problemas en campo matrimonial a los que se refería al principio monseñor Decano, exigen de vosotros, principalmente de quienes formáis este Tribunal ordinario de apelación de la Santa Sede, una atención inteligente al progreso de las ciencias humanas, a la luz de la Revelación cristiana, de la Tradición y del auténtico Magisterio*

²⁶² JUAN PABLO II, “Discurso a los auditores de la Rota Romana de 5 de febrero de 1987”, en: *AAS* 79, núm. 12 (1987) pp. 1454-1455.

de la Iglesia”²⁶³. Era esta una forma de dotar a estas ciencias del cariz necesario para integrarse en los procesos matrimoniales canónicos y para mantener así el fundamento cristiano y la lógica doctrinal como base que uniera recíprocamente a las ciencias jurídicas y a las ciencias humanas en su vertiente del estudio de la psique.

El Papa Benedicto XVI también resaltó el papel de la Psicología a la hora de determinar la capacidad e incapacidad de los contrayentes a la hora de celebrar el sacramento del matrimonio. Lo puso de manifiesto en su Discurso a la Rota Romana del año 2009, al recapitular las enseñanzas doctrinales de sus predecesores en esta misma línea: “*a la exigencia del rigor de procedimiento, los discursos mencionados, basándose en los principios de la antropología cristiana, proporcionan los criterios de fondo, no sólo para el análisis de los informes periciales psiquiátricos y psicológicos, sino también para la misma definición judicial de las causas*”²⁶⁴; y también hizo referencia a esta cuestión en la Introducción a la Instrucción *Dignitas Connubii*, constatando así la aceptación de las ciencias que salen al encuentro y en auxilio de la ciencia canónica: “*Al avance doctrinal en la comprensión de la institución del matrimonio y de la familia le acompaña en este tiempo nuestro el progreso en las ciencias humanas, sobre todo en las psicológicas y psiquiátricas, las cuales, al ofrecer un conocimiento más profundo del ser humano, pueden contribuir en gran medida a la comprensión de las condiciones que en él se requieren para que sea capaz de contraer el vínculo conyugal*”²⁶⁵.

Que existan tantas referencias en los discursos del Magisterio Pontificio sobre lo que aportan las ciencias psicológicas y psiquiátricas se debe, por un lado, al número creciente de causas que han sido resueltas por incapacidad consensual²⁶⁶ y también al

²⁶³ JUAN PABLO II. “Discurso a los prelados auditores del Tribunal de la Rota Romana de 17 de enero de 1998”, en: *AAS* 90 núm. 10 (1998) p. 785.

²⁶⁴ BENEDICTO XVI. “Discurso a los Jueces del Tribunal de la Rota Romana, de 29 de enero de 2009”, en: *AAS* 101-II, núm. 1 (2009) p. 125.

²⁶⁵ Instrucción *Dignitas Connubii*. Introducción.

²⁶⁶ A pesar de que en nuestro estudio abarquemos parcialmente los procesos por inconsumación debido a la impotencia en uno de los cónyuges, poco cabe decir de las pericias médicas dado que se trata de verificar aspectos de la fisiología humana que son perceptibles e identificables objetivamente por cualquier especialista en esta rama sin que su valoración dependa de una interpretación acorde a la doctrina cristiana. De ahí que el Magisterio Pontificio se centre casi de forma exclusiva en las pericias del orden psicológico y psiquiátrico, quizá las más complicadas debido a que el objeto de su estudio conlleva el peligro de que se produzcan interpretaciones subjetivas o que se aluda a elementos abstractos que no tengan una consideración o aplicación real sobre el sujeto que está siendo evaluado, amén de incurrir en

aumento del número de intervenciones en los procesos canónicos por parte de peritos psicólogos. Se pretende evitar que haya una instrucción laxa que se incline en favor de las pericias otorgándole una excesiva y casi total credibilidad.

Para ello, la labor del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica es esencial, pues con carácter anual solicita a los Tribunales Eclesiásticos un informe sobre la actividad procesal y examina con detenimiento el número de causas que han sido sentenciadas en base al c. 1095, relativo a las incapacidades para contraer matrimonio. En ocasiones, una cifra destacada de pronunciamientos en alguno de los capítulos que integra este canon lleva al Supremo Tribunal a advertir, a modo de amonestación, sobre una posible flexibilización de los criterios para valorar los elementos probatorios, de manera que no se sentencie con ligereza²⁶⁷. Así pues, es esta una forma de controlar también la pericia sustantiva y procesal de los jueces y que su actuar se adecúe en todo momento con arreglo a las prescripciones normativas. Esto demuestra, de algún modo, que el peso que se pueda estar otorgando a la prueba pericial a fin de resolver afirmativamente en las sentencias de nulidad pueda ser demasiado elevado, hasta el punto de que sea necesario abordar esta problemática para determinar si realmente debe tener esta fuerza en el proceso o sea consecuencia de un proceder irregular.

conclusiones procedentes de ideas o líneas de pensamiento que choquen frontalmente con el modelo antropológico exigido en el art. 205 §2 DC. No obstante, en ocasiones se ha sostenido que ante pericias concretas, resulta más relevante la formación del perito (tanto científica como técnica) pudiendo quedar en un segundo plano los principios antropológicos y la actitud moral y confesional del perito ante el supuesto que se le plantea (Cf. BALLUS PASCUAL, C., “Las pericias psicológicas... o.c., p. 328).

²⁶⁷ Cf. GOMOTTI, G. “Le allocuzioni del papa alla Rota Romana e i rapporti tra magistero e giurisprudenza canonica” en AA.VV., *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico*, Padova, 1988, p. 178. El incremento del número de causas de nulidad matrimonial por el c. 1095 CIC supone un signo elocuente de los peligros que, actualmente, están atentando contra la estabilidad y perdurabilidad de la institución matrimonial y de la familia, sumando a esto el riesgo de que los Tribunales Eclesiásticos se transformen en el camino fácil para solucionar los matrimonios fracasados y las situaciones irregulares de los esposos.

CAPÍTULO III

OBJETO Y SUJETOS DE LA PRUEBA PERICIAL EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

1. Normas generales y criterios que determinan la práctica de la prueba pericial en los procesos matrimoniales

Resulta de interés que examinemos las normas y criterios que están presentes en la actividad probatoria tanto del proceso civil matrimonial como del proceso canónico, teniendo oportunidad para advertir los puntos de encuentro y las diferencias existentes entre ellos, porque estos pueden situarnos ante el análisis de la prueba pericial desde su propia naturaleza –complementando así lo expuesto en el capítulo anterior– y el objeto de su estudio.

La actividad probatoria constituye el eje central del proceso cualquiera que sea la jurisdicción en la que se desarrolle, de manera que para nuestro estudio creemos adecuado exponer las normas generales del derecho probatorio²⁶⁸ que constituyen el cimiento de las pruebas en general y de este modo, determinar cómo se pueden trasladar a la prueba pericial. Veremos, pues, cómo estos principios vienen a ser más o menos compartidos por las dos jurisdicciones, aún presentando matices en función de la particular forma de encauzar el proceso, pudiendo complementarse con una serie de criterios que informan la acción probatoria²⁶⁹.

²⁶⁸ Cf. MONTERO AROCA, J., et al., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Valencia, 2014, p. 246 y ss.

²⁶⁹ Hemos de anotar que no estamos presentando los principios del proceso, que habrían de acotarse en el principio dispositivo y en el principio de aportación de parte. El primero de ellos comporta el inicio de la actividad jurisdiccional a petición de parte, quien además debe determinar el objeto del proceso, poner los medios necesarios para fundamentar su derecho e incluso puede poner fin al proceso disponiendo del interés cuya satisfacción solicitaba. En cuanto al principio de aportación de parte, conlleva que es la parte quien aporta los hechos y los medios de prueba para acreditarlos. Para los procesos matrimoniales, precisamente, se plantea una excepción con la llamada “indisponibilidad del objeto del proceso” como una especificidad de los mismos que limita la posibilidad de disponer del estado civil de las personas y se admite que el órgano juzgador pueda intervenir en materia probatoria (Para ampliar es estudio sobre

Estas reglas constituyen los pilares básicos o el fundamento sobre los que se asienta toda la dinámica probatoria y son precisamente las que también califican la prueba pericial de un modo característico en cuanto a su función y cometido dentro del proceso, convirtiéndose en la razón que motiva nuestro estudio. Podemos deducir, por tanto, que estas normas generales revelan un carácter unitario en cuanto que todas ellas garantizan con su presencia la existencia de un proceso serio y reglado.

Acercándonos a estos criterios y conociéndolos en profundidad no sólo desde la teoría sino insertados también en el régimen normativo, doctrinal y jurisprudencial, podremos comprender la sinergia de todos ellos y de qué manera ilustran la práctica de esta prueba con las peculiaridades atribuibles por su pertenencia a uno u otro ordenamiento jurídico.

1.1. Principios y criterios que informan la actividad probatoria en el orden civil

En nuestra LEC destacan una serie de criterios presentes en los distintos procedimientos y que parten de una característica singular, como es la oralidad²⁷⁰, común a todos ellos, rigiendo así la práctica de la prueba. Como apuntaremos, la oralidad conlleva como consecuencia que operen otros principios, como son el de inmediación y contradicción, siendo los más significativos, de ahí que algún autor haya acuñado el término principios-consecuencias²⁷¹. Secundando estas normas generales que sostiene la doctrina procesalista en torno a la práctica de la prueba, veremos cómo se pueden transportar a la prueba pericial en concreto.

Además, de la observancia de estos principios y tras aseverar la importancia y fundamento que tienen en el proceso podremos constatar la garantía real del derecho a la tutela judicial efectiva, un planteamiento que exige la estrecha relación que ha de

esta cuestión, Cf. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Sobre la disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *Temas de Actualidad en Derecho de Familia*, Madrid, 2006).

²⁷⁰ Cf. BERZOSA FRANCO, M^a V., *La oralidad. Principios procesales en la nueva LEC*, IURIS, 2000, p. 38.

²⁷¹ Cf. BERZOSA FRANCO, M^a V., “Principios inspiradores del futuro proceso civil”, en: PICÓ I JUNOY, J., (Dir) *Presente y futuro del proceso civil*, Barcelona, 1998, p. 36.

existir entre los hechos que conforman el objeto de la prueba y la norma que ampara la demanda de este derecho²⁷².

a) Potenciación de la oralidad

Todo proceso debe dar cabida a una parte de oralidad y a otra de escritura, de manera que complementen ambas versiones aunque se permita que en algunos procesos alguna de estas formas tenga prevalencia sobre la otra. Por eso, si sólo existiera un planteamiento defensor de la oralidad estaríamos privando al proceso de la solidez que pueden aportar las actas y todo lo que en ellas se contiene. Pero tratar de propugnar un proceso totalmente escrito encasillaría las actuaciones en muchos e innecesarios formalismos que harían los procesos interminables. De este modo, la oralidad presente en los medios probatorios conlleva que los mismos se desarrollen de una forma más dinámica y que el juez se haga cargo de los hechos referidos y probados con una implicación mayor, lo que redundará en favor de una sentencia más acertada.

La oralidad, por tanto, se va a exigir en todas aquellas pruebas personales en las que como fuente probatoria interviene un sujeto determinado, pues, por lo general, lo hace por medio de la palabra hablada: esto ocurre tanto en el interrogatorio de las partes como en la prueba testifical conforme a los arts. 302.1 y 368 LEC, que fijan cómo se han de formular las preguntas de forma oral.

En relación a la prueba pericial, no sólo son los dictámenes elaborados por escrito los que configuran este medio probatorio, sino que se deja un espacio a la oralidad al permitir que el perito pueda ser llamado para actuar en el juicio o en la vista a tenor del art. 347 LEC. Incluso, pese a la claridad con la que el perito haya podido exponer sus conclusiones en su informe, es obvio que la oportunidad que brinda su comparecencia para explicar en primera persona y dar forma al contenido de su dictamen ha de ser ensalzada.

²⁷² En los artículos 281.1 y 283.1 de la LEC se especifica que los hechos deben guardar relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso y cómo se deberán descartar aquellos que se consideren inútiles o impertinentes por no guardar relación con lo que no sea objeto del proceso.

b) La unidad de acto o concentración

Este principio supone que toda la actividad probatoria se intente desarrollar en una sola audiencia o en varias que se encuentren próximas en el tiempo para que el juez pueda conservar con frescura y en su memoria aquellos actos orales que hubiera presenciado²⁷³. Concretamente, es el art. 290 LEC el que concreta esta unidad de acto al señalarlo expresamente, previendo que se celebre en el juicio o vista²⁷⁴, aunque también se prevé la excepción de que la prueba no se practique en sede del tribunal, en cuyo caso se determinará y notificará el lugar de que se trate, practicándose siempre antes del juicio o vista.

Haciendo especial referencia a los procesos matrimoniales, encontramos reflejada la excepción de que algunas pruebas no puedan practicarse en el acto de la vista, permitiendo que se practiquen dentro de un plazo determinado por el Tribunal que no puede superar los treinta días (cf. c. 770. 4º LEC).

Debemos señalar también que, para cumplir con este principio de concentración, y en lo relacionado con la prueba pericial, la LEC prevé en su art. 356 la posibilidad de que puedan concurrir las pruebas de reconocimiento judicial y pericial sobre un mismo lugar, objeto o persona, disponiendo que ambas habrán de tener lugar en un solo acto²⁷⁵.

c) La inmediación

Cuando mencionamos este principio estamos situando al juez en relación directa con las pruebas que ante él se han presentado y se muestra como una categoría de los principios referidos a la forma de los actos procesales²⁷⁶. De esta manera, se espera que el juez pueda analizar personalmente y tener un contacto directo sobre todas aquellas pruebas que se hayan de practicar en relación al objeto del proceso y en conexión

²⁷³ Cf. PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso...* o.c., p. 41.

²⁷⁴ En el proceso canónico la práctica de las pruebas se presenta un tanto diseminada, pues no se desarrolla en un solo acto, siendo la praxis habitual que las pruebas se celebren en diferentes días.

²⁷⁵ Cf. LEDESMA IBAÑEZ, P., “La prueba pericial en la LEC...” o.c., p. 33.

²⁷⁶ Cf. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmediación procesal. De la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto”, en AA.VV., *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Valencia, 2008, p. 318.

inmediata²⁷⁷ con los sujetos intervinientes en el proceso²⁷⁸. Esto tiene la ventaja de que el juez puede resolver en el momento de la prueba aquellas dudas que se le puedan presentar respecto a los mecanismos que posibilitan su práctica. Pero de algún modo, inmediación también en sentido estricto implica que el Juez que ha presenciado esos actos sea también el que dicte la sentencia²⁷⁹.

No cabe duda que la LEC aboga por la necesidad de la presencia judicial en los actos orales propios del proceso, y concretamente, encontramos recogido este principio en el art. 137 LEC, donde claramente se indica que “1. Los jueces y los Magistrados miembros del Tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente. 2. Las vistas y las comparecencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del Tribunal que conozca del asunto”. Y más adelante, en el art. 289.2 LEC se constata esta presencia necesaria, recordando que “será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de los testigos, en el reconocimiento de lugares, objeto o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales”.

Es cierto que en algunas ocasiones el juez deberá delegar su función en otros operadores jurídicos por exigencias de diversas circunstancias, como puede ser en base a la distinta localización de los sujetos declarantes (declaración prevista, por ejemplo, para testigos mediante exhorto o auxilio judicial²⁸⁰), pero esto no obsta para que el juez pueda valerse de sus propias tácticas para asegurar ese contacto directo con el objeto del proceso. Qué duda cabe que, para ciertos medios probatorios, y no lo es menos la prueba pericial, la presencia del juez sea vital, pues se pueden valorar aspectos y detalles muchas veces más elocuentes que aquello que refleja un informe escrito y que

²⁷⁷ Cf. ANDRÉS IBAÑEZ, P., “Sobre el valor de la inmediación”, en: *Jueces para la Democracia*, 3 (2003) p. 57.

²⁷⁸ Cf. MONTERO AROCA, J., *Proceso (Civil y Penal) y garantía: el proceso como garantía de libertad y responsabilidad*, Valencia, 2006, p. 62.

²⁷⁹ Cf. LÓPEZ SIMO, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, Madrid, 2001, p. 71.

²⁸⁰ Cf. MONTERO AROCA, J., et al., *Derecho Jurisdiccional II ... o.c.*, p. 245.

las actas judiciales no son capaces de reproducir con fidelidad. Nos referimos aquí a la forma de expresar, de actuar e incluso de proferir un gesto, algo que puede contribuir a completar no sólo el conocimiento del juez sobre los hechos, sino a verificar el grado de fiabilidad de sus fuentes.

Pensemos que en el caso de la prueba pericial, la posibilidad contemplada en el art. 346 y 347 de la LEC de que el perito se ratifique en su informe promueve esta inmediación tan necesaria y deseada, permitiendo así su explicación y la respuesta a las preguntas formuladas por el juez o las partes en tiempo real. Esto, además, potenciará el contradictorio al que aludiremos más adelante y que viene contemplado en el apartado 5º del art. 347 LEC relativo a la *“crítica del dictamen por el perito de la parte contraria”*. Igualmente, el art. 169.4 LEC indica que *“el interrogatorio de las partes, la declaración de los testigos y la ratificación de los peritos se realizará en la sede del Juzgado o Tribunal que esté conociendo del asunto de que se trate, aunque el domicilio de las personas mencionadas se encuentre fuera de la circunscripción judicial correspondiente”*²⁸¹, lo que viene a constatar la regulación restrictiva en torno al auxilio judicial para todo tipo de pruebas, aunque con más fuerza, si cabe, para lo referente a la ratificación de los peritos, donde resulta esencial que se cumpla el principio de inmediación²⁸².

Por tanto, queda claro conforme al art. 289.3 LEC que el Tribunal habrá de examinar por sí mismo la prueba documental, los informes y los dictámenes escritos y todos aquellos medios o instrumentos que se aportaran como prueba. La inmediación, en este aspecto, cobra una importancia mayor en cuanto que se supera la simple presencia judicial y se le dota de otros atributos²⁸³ que permiten una interacción más amplia del juez con lo que sucede en el tiempo y en el espacio. En este caso, se

²⁸¹ La LEC muestra prioridad por lograr que los medios de prueba se practiquen en sede judicial y sólo cuando *“por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, o por cualquier otra causa de análogas características resulta imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del juzgado o tribunal, se podrá solicitar el auxilio judicial de los actos de prueba (...)”* (cf. la continuación del art. 169.4 LEC). Por tanto, se deja paso al auxilio judicial pero restringiendo su uso ante casos en los que materialmente fuera imposible. Incluso, ante estos supuestos y a la vista de los avances de las tecnologías de la comunicación, sería muy oportuno hacer uso de los medios telemáticos para practicar las pruebas por videoconferencia, de manera que el órgano juzgador pueda concurrir a ellas sin que el principio de inmediación se vea comprometido.

²⁸² Cf. LEDESMA IBAÑEZ, P., “La prueba pericial en la LEC... o.c., p.32.

²⁸³ Cf. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 2014, p. 188.

superaría la concepción de una mera actividad contemplativa y pasiva por parte del juez en cuanto a que presencia directamente los hechos con una proyección si cabe más intervencionista y activa que hace posible el ejercicio de funciones directivas y de iniciativa en materia probatoria.

d) La contradicción

Este concepto evoca una realidad necesaria que se logra a partir de la actividad procesal de las partes. Dicho de otro modo, todo aquello que hacen las partes para beneficiar a su derecho, ya sea desde la defensa de sus pretensiones o mediante la oposición a las pretensiones del contrario, no sólo conforma la actividad probatoria sino que además consigue ese equilibrio a partir de la concurrencia y cooperación de ambas partes, beneficiando así al proceso en general.

Cuando las partes intervienen en un proceso les mueve un interés que provoca la existencia de pretensiones diferentes. Por tanto, tanto actor como demandado procurarán que los hechos afirmados por ellos encuentren eco en las pruebas aportadas²⁸⁴ y de este modo, se cuidará que ambas partes puedan defender sus derechos respectivos, pues de no permitir el derecho a la prueba a ambos litigantes se estaría ocasionando indefensión²⁸⁵. Así lo constata la STC 175/1994, de 7 de junio²⁸⁶ en su fundamento jurídico 4º, en el que se pronuncia de forma tajante en pro de la observancia de este principio: *“en todo proceso debe respetarse el derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes, a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos”*. Y más adelante refiere que corresponde *“a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes así como que posean idénticas posibilidades de alegar y probar”*.

Y esta actividad probatoria redundará también en beneficio de la actividad decisoria del juez, pues las partes, de alguna manera, colaboran con él para mostrarle las

²⁸⁴ Al respecto, la STC 246/2000, de 16 de octubre (FJ. 3º) se manifiesta a favor de dotar a ambas partes del derecho legítimo a la prueba considerando que este derecho pertenece *“a todos los que son parte en un proceso judicial”* (BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 2000).

²⁸⁵ Esta apreciación se encuentra estrechamente ligada al precepto constitucional contemplado en el art. 24 CE, en base al derecho a la tutela judicial efectiva y por tanto, a poder ejercer el derecho a la prueba en cualquier tipo de proceso y ante cualquier orden jurisdiccional (cf. PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso...* o.c., pp. 35-36).

²⁸⁶ STC 175/1994, de 7 de junio (BOE núm. 163, de 9 de julio de 1994).

fortalezas de sus pruebas. Este criterio queda bien definido en el art. 289.1 LEC, apuntando en cuanto a la forma en que han de practicarse las pruebas, que las mismas *“se practicarán contradictoriamente en vista pública”*. Incluso, aunque las partes no llegaran a ser sujetos u objetos de la prueba, serán citadas con antelación suficiente para la práctica de todas las pruebas que deban practicarse fuera del juicio o vista, teniendo las partes y sus abogados en las actuaciones de prueba aquella intervención que la ley autorice conforme al medio de prueba que se trate, todo ello según establece el art. 291 LEC. Todo esto se puede trasladar por completo a la prueba pericial, presentada bajo la forma de dictámenes y ratificados en la vista o propuesta para la designación judicial de perito. Ambas partes, por tanto, podrán concurrir con sus respectivos dictámenes, aportándolos con la demanda, anunciando su presentación posterior o solicitando que se designe un perito judicial, preservando así la posibilidad de oposición a los respectivos dictámenes.

Al mismo tiempo que este principio se inserta eficazmente en la garantía que ofrece nuestra Constitución reconociendo el derecho al proceso debido y a la igualdad ante la ley, está permitiendo que haya un justo equilibrio en el proceso, de manera que en esa igualdad de armas, puedan quedar bien definidas las posturas de las partes para así evitar un pronunciamiento arbitrario por parte del juez. No obstante, aunque las pruebas se han de practicar contradictoriamente, en presencia y con intervención de los cónyuges y el Ministerio Fiscal, atendiendo a las circunstancias de improcedencia de concurrencia de las partes y abogados, esa presencia se puede restringir excepcionalmente para el caso de la exploración pericial sobre los cónyuges, los menores o terceros.

e) La publicidad

Esta regla se encuentra presente ya en la Constitución Española, donde en su art. 120.1. se reconoce que las actuaciones judiciales serán públicas y en relación a las sentencias, que éstas se pronunciarán en audiencia pública también. Pero también la LEC en su art. 138.1 contempla esta publicidad al mencionar que *“Las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública”*, todo ello sin perjuicio de que ante casos excepcionales se estime necesario que las actuaciones se celebren a puerta cerrada, conforme prevé el párrafo 2º del mismo artículo. Y esto, concretamente para

los supuestos integrados en el campo de nuestro estudio²⁸⁷, se va a tener muy en cuenta a efectos de salvaguardar la intimidad y la privacidad de las personas o los intereses de los menores ante los asuntos tan delicados que puedan ventilarse ante el Juez²⁸⁸. En lo que a la prueba pericial se refiere, en principio se admite que las partes y sus defensores puedan presenciar las operaciones periciales, *“si con ello no se impide o estorba la labor del perito y se puede garantizar el acierto e imparcialidad del dictamen”*, conforme establece el art. 345 LEC y por ende, también puede decidir mediante providencia que las actuaciones en sede judicial sean reservadas si las circunstancias así lo aconsejan y si concurren algunos de los supuestos del art. 138. 2 LEC²⁸⁹.

1.2. Otros criterios que determinan la admisibilidad y la práctica de la prueba pericial en el orden civil

Junto a estos principios que informan las actuaciones procesales en materia de prueba, se encuentran además otros criterios que articulan el ejercicio real de los instrumentos probatorios, dotándolos de solidez y eficacia. Interesa analizar cómo operan para la admisión y práctica de la prueba pericial.

a) Legalidad y licitud de la prueba

Una de las características esenciales del proceso es que toda su actividad debe estar regida por el principio de legalidad, de manera que si se apreciara un uso inadecuado o incorrecto de los medios probatorios y se evidenciara igualmente una

²⁸⁷ Cabe anotar que en la ley ya derogada 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, en la Disposición Adicional 8ª se contemplaba expresamente que *“las diligencias, audiencias y demás actuaciones judiciales en los procesos de nulidad, separación o divorcio no tendrán carácter público”*.

²⁸⁸ En este artículo se hace una alusión indirecta a los procesos matrimoniales donde tienen lugar comparecencias con datos que afectan claramente a los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes, con un margen mayor en otra serie de cuestiones que formen parte de esos *“otros derechos y libertades”* que menciona el art. 138.2 LEC. Al fin y al cabo, la LEC menciona una materia altamente sensible dando por supuesto que ha de fundar las excepciones anteriormente dichas, pero también permite que el Juez, fuera de estos casos, así lo considere cuando perciba que pueda ser estrictamente necesario si *“por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”*.

²⁸⁹ Estos supuestos del art. 138.2 LEC son: *“Cuando sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática; Cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan; Cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”*.

obtención de los mismos mediando una conducta dolosa y fraudulenta en cuanto que podría conculcar los derechos de la otra parte, se debe rechazar dicha prueba por considerarla prohibida por la ley. Y conforme establece el art. 287 LEC, si alguna de las partes detectara que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales, podrá alegarlo de inmediato, así como también el tribunal, de oficio, podrá suscitar esta cuestión²⁹⁰.

Así pues, la licitud de la prueba radica en la forma en que las partes han obtenido las fuentes de prueba y que serán introducidas al proceso a través del medio de prueba que sea más idóneo y oportuno²⁹¹. Por tanto, la forma en que se haya obtenido será lo que permita que se utilice o no dentro del proceso. Esto podría trasladarse a la función del perito en caso de que actuara ilícitamente, derivando en responsabilidad que vendrá exigida por la parte a quien el dictamen ha perjudicado y sobre el que se ha apoyado el juez para dictar una sentencia adversa y contraria para sus intereses.

b) Utilidad de la prueba

Este criterio advierte sobre la cautela con la que se debe obrar a la hora de admitir y conducir las pruebas presentadas, pues una aparente carencia de sentido o fundamento en una prueba no puede significar una restricción a su presentación por la parte. Es cierto que podría deducirse tras su práctica que en efecto este recurso resultó inútil y no aportó nada a la causa. Ahora bien, quizá sea esto preferible a negar la admisión de una prueba que podría estar perjudicando el derecho de defensa de las partes y les privaría así de su legítima oportunidad para agotar todos y cada uno de los medios con los que cuenta para dar vida a los hechos.

De esta manera, en lo que a la prueba pericial se refiere, en aquellos casos en los que su práctica pudiera considerarse inútil, habrá que ponderar de forma proporcionada y argumentar de manera convincente su inoportunidad ante el peligro de ignorar ligeramente unos indicios que pueden esconder la existencia de pruebas reales.

²⁹⁰ Cf. DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal*, o.c., p. 126.

²⁹¹ Cf. MONTERO AROCA, J., *La Prueba en el Proceso...* o.c., p. 81.

c) Relevancia e idoneidad de la prueba

Acabamos de exponer cómo se debe actuar desde la prudencia a la hora de inadmitir pruebas que a simple vista ofrezcan un resultado pobre. Quizá en estos casos habrá que atender a la naturaleza de los hechos de fondo y conforme a ellos valorar si conviene depositar una mayor credibilidad en los medios probatorios sobre los que recae la sospecha de que nada puedan aportar. Se exige, pues, que dicha prueba pueda desplegar verdaderos efectos probatorios, de modo que no se trate de medios que dilatan la fase instructoria sin más o por sí mismos y de forma aislada son insuficientes para demostrar los hechos en cuestión. Por tanto, se entiende que habrá que optar por aquellos medios que resulten más eficaces y hacer así una criba para prescindir de los que no sean relevantes. Dicho de otro modo, se espera que la información de los hechos proceda directamente de la fuente y no a través de otros conductos que puedan deformarla.

Esta situación la podemos encontrar cuando confluyan, por ejemplo, la opinión técnica de uno o varios peritos y unos posibles testigos. Dependiendo del caso, quizá se pueda inadmitir la declaración de algún testigo entendiendo que a pesar de ser testigos de conocimiento, no dispongan de los conocimientos necesarios para poder definir con precisión un hecho, acontecimiento o la causa de éstos.

1.3. Principios y criterios que rigen la actividad probatoria en el orden canónico

Cuando el Código de Derecho Canónico de 1983 introdujo a través del c. 221 §1 el derecho de los fieles a “*reclamar legítimamente los derechos que tienen en la Iglesia, y defenderlos en el fuero eclesiástico competente conforme a la norma del derecho*”, recordaba la inviolabilidad del derecho procesal y la garantía real que supone para amparar y proteger los derechos de las personas²⁹². Pues bien, estas garantías se han plasmado en una serie de reglas y principios básicos para ofrecer seguridad jurídica a los fieles que acuden a la jurisdicción eclesiástica.

Los principios que inspiran el derecho procesal canónico vienen a ser aquellos postulados, axiomas o criterios que sustentan la base de la legislación procesal y de

²⁹² Cf. Comentario c. 221 §1, en: PROFESORES DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico...o.c.*, p. 150.

igual manera, la configuran y vivifican²⁹³. La doctrina canónica ha venido a señalar cuáles son los principios que emergen típicamente canónicos y que responden así a la peculiaridad de los procesos eclesiales, hablando así de la publicidad y el secreto, del principio de oralidad y escritura y del principio inquisitorio y dispositivo²⁹⁴. Pero no son estos los principios que venimos a abordar, sino aquellos criterios que rigen las pruebas en el orden canónico y particularmente, cómo operan en lo que a la prueba pericial se refiere.

Una vez reconocido el derecho de acción unido al derecho al proceso y a obtener un pronunciamiento por parte del juez²⁹⁵, es elemental reconocer que, si bien el primer derecho origina el segundo, en el transcurso de ambos se desarrolla aquel otro derecho referente a la posibilidad de presentar pruebas. Esta singular caracterización conduce el modo de ser y de practicarse las pruebas y, por ende, promueve la formulación de esos principios ordenadores de las mismas. Estos, a su vez, serán los que iluminen la fase demostrativa o probatoria del proceso²⁹⁶ y los que sustenten la eficacia de los instrumentos probatorios.

Antes de entrar a desarrollarlos advertimos una relación más extensa de estos presupuestos que operan para las pruebas en el orden canónico que en el orden civil, pues lo que se consideran criterios informadores o normas generales de la prueba a nivel civil, en la práctica procesal canónica se han venido a considerar principios como tales, como así se deduce de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, pese a que no han de interpretarse en sentido estricto para no confundirlos con aquellos que fundamentan propiamente el proceso.

a) Principio de autorresponsabilidad

Este primer principio se refiere la iniciativa que tienen las partes en el proceso a la hora de proponer las pruebas, debiendo asumir la tarea de buscarlas y presentarlas de

²⁹³ Cf. ACEBAL LUJÁN, J.L., “Principios inspiradores del Derecho procesal canónico”, en: MANZANARES, J., (Ed.), *Cuestiones básicas de Derecho procesal canónico*, Salamanca, 1993, p. 14.

²⁹⁴ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *Diritto processuale canonico*, Roma, 2006, pp. 286-297.

²⁹⁵ Cf. RODRÍGUEZ-OCAÑA, R., “La tutela del derecho al proceso en las causas de nulidad matrimonial”, en: VILADRICH BATALLER, P. J. (Ed.), *El matrimonio canónico ante el III milenio*, Pamplona, 2001, p. 1414.

²⁹⁶ Para tener un conocimiento de todos estos principios que se irán manifestando con mayor o mayor presencia, cf. SILVA MELERO, V., *La Prueba Procesal*, Vol. I, Madrid, 1963, pp. 25-30.

manera correcta para que puedan ser practicadas. Así pues, esta apreciación se encuentra estrechamente ligada con la iniciativa de parte de interponer una acción procesal sin que el juez pueda, de oficio, presentar una demanda. La parte, pues, introduce una cuestión que debidamente fijada como el objeto principal debe probarse y sobre el que se espera un pronunciamiento judicial.

A pesar de que este principio indica que la responsabilidad de recabar las pruebas recae en las partes y esto excluiría la intervención del juez, en el ámbito canónico se observan algunas excepciones que vienen motivadas por la búsqueda de la verdad objetiva y por el amparo y defensa del bien público, donde se permite que el juez, a modo de control de oficio, pueda “*mandar que se presente en el proceso un documento común a ambas partes*” (cf. c. 1545 CIC), o que, al término de la conclusión de la causa, pueda “*llamar a los mismos o a otros testigos o mandar que se practiquen pruebas no pedidas con anterioridad*” si se apreciare un riesgo de que la sentencia pudiera ser injusta, conforme prevé el c. 1600 CIC. En estos términos se expresa también el c. 1452 §2 CIC reconociendo en esta disposición, si cabe, una facultad mayor al admitir que “*el juez puede además suplir la negligencia de las partes en la presentación de pruebas o al oponer excepciones, siempre que lo considere necesario para evitar una sentencia gravemente injusta, quedando firmes las prescripciones del canon 1600*”.

Esta intervención por parte del juez de ningún modo puede ser planteada como un derecho, el mismo que asiste a las partes a la hora de poder demostrar los hechos que plantean, sino que se trata de un deber ejercido en pro de la verdad y para actuar en base a lo que se considera justo²⁹⁷. A las partes no sólo se les reconoce la potestad de presentar pruebas sino también el deber de desplegar los medios probatorios de los que intentan valerse para mejor defender su derecho.

Concretamente, para la prueba pericial encontramos en el proceso canónico un precepto que reconoce la posibilidad de que el juez pueda nombrar a los peritos por propia iniciativa o a instancia de parte (cf. c. 1575 CIC), así como también que pueda establecer el número de peritos, admitir la prueba extrajudicial y hacer posible la entrada en el proceso a los peritos privados. Esto, unido a la forma en la que el juez debe señalar las cuestiones sobre las que ha de versar el dictamen pericial (cf. c. 1577

²⁹⁷ Cf. STANKIEWICZ, A., “La configurazione processuale del perito e delle perizie nelle cause matrimoniali per incapacità psichica”, in *Monitor Ecclesiasticus*, CXVII (1992) p. 223.

§1 CIC), demuestra que el juez toma cuenta desde el primer momento y en primera persona de cuanto acontece en torno a la prueba pericial.

b) Principio de contradicción

Este principio ya ha sido examinado en el orden civil y aquí sólo constatamos que también rige en el derecho probatorio canónico, ratificando que en relación a la prueba pericial, cada parte puede solicitar que se nombre a un perito e incluso impugnar la designación efectuada por el juez. Aunque generalmente es el juez el que elabora un pliego de cuestiones sobre las que se pide al perito que se pronuncie, también las partes indistintamente pueden presentar sus propias preguntas para que se tengan en cuenta previamente, antes de elaborar el informe, o incluso aquella solicitud de aclaraciones que pueden hacer una vez han tenido acceso al contenido del mismo.

Por tanto, las posibilidades son diversas dependiendo del momento procesal en el que no situemos y destaca que esa contradicción se sostiene a lo largo de todo el iter procesal, de principio a fin²⁹⁸. Incluso, aún cuando la secuencia parece interrumpirse o no deja lugar a la necesaria contradicción se viene a justificar el uso de alternativas que reemplazan la ausencia de participación activa de una de las partes, como es la pericia realizada sobre los autos. Esta es una de las diferencias que encontramos entre los dos sistemas procesales sometidos a estudio: que en el ámbito canónico viene auspiciado por la imposición de realizar la pericia en determinados casos donde ésta se considera absolutamente necesaria y, por ende, preceptiva.

c) Principio de veracidad

En los procesos canónicos, independientemente de la materia y el interés que los promueven, la verdad constituye el fundamento teleológico al que se orientan todos los datos y pruebas recabados²⁹⁹. Por tanto, si a la obtención de la certeza moral se

²⁹⁸ En este punto es importante tener en cuenta que a pesar de que se permite a las partes que en términos de igualdad puedan proponer todo aquello que consideren necesario y útil para probar sus pretensiones y defender sus derechos, se va a requerir como criterio ineludible que se trate de pruebas lícitas (cf. PEÑA GARCÍA, C., Título VII: Las pruebas (arts. 155-216 DC) en: MORÁN BUSTOS, C.M. Y PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de matrimonio... o.c.* p. 299).

²⁹⁹ Cabe señalar al respecto que ya desde el inicio del proceso, con la presentación de la demanda, se examina la verosimilitud de la nulidad matrimonial, valorando así que la demanda presente el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho como exigencia jurídica de los hechos presentados en la demanda pero también como exigencia moral, de manera que tenga un

encamina el proceso y todo cuanto en él discurre, también en la práctica de las pruebas deberá observarse la veracidad de las mismas a partir de hechos veraces, de manera que así la verdad adquiere pleno significado en el proceso tornándose una verdad legal. Y en esta búsqueda de la verdad, precisamente, se hace responsable al juez auditor al instruir la causa, debiendo solicitar las pruebas que considere pertinentes para alcanzar la verdad conforme establece el c. 1428 §3 CIC³⁰⁰.

Sobre este punto conviene advertir que el pronunciamiento del juez no supone una modificación de una situación jurídica que venga otorgada en virtud de su potestad decisoria, sino que en los procesos de nulidad matrimonial, se trata de declarar la validez o nulidad del vínculo contraído³⁰¹. Por eso se pide que las pruebas presentadas concuerden con este propósito a efectos de presentar la realidad intacta, tal cual es. Se han de reconstruir los hechos tal como ocurrieron o están ocurriendo³⁰². Y más concretamente, sobre la prueba pericial, no sólo dependerá de la cualificación y capacitación profesional del perito sino también de su honestidad a la hora de no interpretar la realidad más allá de lo que se le pide, dibujando a su antojo y con elementos artificiales o imaginativos una realidad completamente subjetiva. Por eso se exige al perito una coherencia en la puesta en práctica de su método y en la obtención de los datos reflejados de manera auténtica en su dictamen, porque también el juez deberá apoyar su argumentación –cuando al dictamen del perito se refiera– en

fundamento real y que las razones aducidas se basen en hechos reales (cf. c. 1505 §2, 4 CIC en relación con el art. 120 §2 de la Instrucción DC).

³⁰⁰ El auditor es una figura facultativa que nombra el juez o el Presidente del Tribunal colegial, encomendándole que recoja las pruebas y se las entregue, y en caso de que no se prohíba en el mandato, el propio auditor puede decidir qué pruebas recogerse y de qué manera si se discutieran estas cuestiones al momento de estar desarrollando su tarea (Cf. GARCÍA MATAMORO, L.A., Com. c. 1428 §3, en: PROFESORES DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico*, Madrid, 2014, p. 842).

³⁰¹ Como bien expresa García Faílde, a tenor de lo comentado sobre el grado de certeza adquirido en torno a lo que ha de considerarse verdad, “*los jueces, al tomar su decisión, no se pronuncian directamente sobre la verdad objetiva (que sería presuntoso y fuera de la realidad) sino sobre su estado subjetivo de certeza y de no certeza sobre esa verdad objetiva; estado de certeza que está sometido al riesgo del error por no corresponderse con la verdad objetiva*” y para ello utiliza como referencia el ejemplo de cómo se concluyen las sentencias, como es el reconocimiento por parte de los jueces de que les consta la nulidad del matrimonio y por eso la declaran, porque tienen la certeza moral práctica de que el matrimonio es nulo o no la declaran porque no adquirieron esa certeza, pero en ningún caso pueden concluir diciendo “*declaramos que este matrimonio es nulo o no es nulo, o es válido*” (Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo estudio sobre trastornos psíquicos y nulidad del matrimonio*, Salamanca, 2003, p.104).

³⁰² Cf. BELENCHÓN, E., *La prueba pericial...o.c.*, 1982, p. 24.

resultados fiables que justifiquen ampliamente su posición a favor o en contra de adoptar las claves de sus conclusiones. De hecho, la normativa canónica exige un grado de certeza en las conclusiones de los peritos a la hora de elaborar su dictamen³⁰³ que se refieren a la solidez de la doctrina en la que se apoya, sobre los datos de la experiencia adquirida y en orden a obtener una valoración que tenga certeza científica³⁰⁴.

d) Principio de libre apreciación

Deducimos del repaso de los cánones en materia de valoración de las pruebas que generalmente rige el sistema de libre apreciación frente a alguna excepción que contempla una valoración tasada. Ahora bien, en lo que respecta a la prueba pericial no queda duda que el juez dispone de plena libertad para evaluar el dictamen de manera que encuentre congruencia entre lo que se solicitó y el informe reportado.

De hecho, el proceso de apreciación y valoración de las pruebas, está compuesto, por un lado, del examen de los diversos medios probatorios y por otro, de la valoración subjetiva realizada desde la conciencia del juez, siendo esta última valoración la que se entiende que consuma la adquisición final y completa de la certeza moral que a su vez hace justa la decisión final³⁰⁵.

e) Principio de adquisición procesal

Todas las pruebas que se proponen, una vez admitidas han de practicarse, y todo ello sin perjuicio de que los resultados puedan verificar incluso una visión distinta de lo que las partes proponentes esperaban de ellas. Esto significa, pues, que los efectos que

³⁰³ Esta exigencia la encontramos concretamente en el art. 210, §2 de la Instrucción DC, cuando se reclama al perito que especifique o se pronuncie sobre el grado de certeza de su propia valoración, lo que no hay que confundir, en modo alguno, con la certeza moral exigible al juez a la hora de dictar sentencia, pues se trata de una certeza entendida desde el punto de vista científico (Cf. BIANCHI, P., “L’istruzione “Dignitas Connubii” e il can. 1095”, en: *Periodica*, 94 (2005), pp. 530-531; Cf. ORTIZ, M.A., “Le dichiarazioni delle parti e la certezza morale”, en: *Ius Ecclesiae*, vol XVIII, n. 2 (2006) pp. 414-416).

³⁰⁴ Cf. PALESTRO, V., “Le perizie”, en: Studi Giuridici XXXVIII, *I mezzi di prova nelle cause matrimoniali secondo la giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 1995, p. 84.

³⁰⁵ Cf. COLAGIOVANNI, E., “Il Giudice e la valutazione delle prove”, en: Studi Giuridici XXXVIII, *I mezzi di prova nelle cause matrimoniali secondo la giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 1995, p. 10.

despliegan las pruebas no se pueden ocultar, ignorar ni eliminar, sino que su práctica en los consiguientes actos procesales opera de manera irrevocable y constitutiva³⁰⁶.

Por esta razón aquí expuesta, puede ocurrir que una de las partes se sorprenda de que el dictamen de un perito no concuerda con su reivindicación o la interpretación que hace de los hechos no le es favorable para aquello que viene demandando. La integridad y preservación de las pruebas en base a este principio de adquisición procesal se garantiza con el límite de disponer de sus resultados una vez han sido expuestos e incluso presenciados directamente por parte del órgano jurisdiccional.

En relación a la prueba pericial, se ha de procurar que, de no convencer a una de las partes el resultado objetivo de un dictamen por ser contrario a sus intereses subjetivos, esta parte busque compensar el componente negativo al detectar y aliviar el fracaso del primer informe con la emisión de un segundo, solicitando así que sea otro perito quien se pronuncie nuevamente sobre los hechos para contrastar los resultados. Si de esta actitud se aprecia un ánimo de hacer converger las razones de la parte en un nuevo dictamen, pudiendo faltar así a la verdad sobre los hechos, entendemos que el juez debe impedir que se produzca una dilatación del transcurso del proceso³⁰⁷ si está convencido de que el dictamen ha sido elaborado con las mínimas garantías exigibles por el Derecho y desde una visión de la antropología cristiana, independientemente de que sus propias percepciones en orden a alcanzar la certeza moral se vean reforzadas o no por las conclusiones del perito.

³⁰⁶ Cf. BELENCHÓN, E., *La prueba pericial...o.c.*, p. 24.

³⁰⁷ Pese a que en la práctica a veces no se consiga satisfacer y cumplir con el requerimiento que hace el CIC en varias ocasiones para que los procesos no se demoren en el tiempo, al menos se tiene el convencimiento de que la normativa canónica para el proceso contencioso ordinario (aplicable a los procesos de nulidad canónica) reúne todas las garantías necesarias para lograr que el proceso se desarrolle y finalice en unos plazos y tiempos prudenciales. A pesar de que la estructura del proceso permite lograr este objetivo, el propio c. 1453 CIC, insta a los jueces y a los tribunales a que, “*sin merma de la justicia, todas las causas terminen cuanto antes*”. Al respecto, cabe comentar en relación a una de las cuestiones más destacadas en la reforma operada por el MP *Mitis Iudex Dominus Iesus*, sobre la celeridad en el proceso canónico de nulidad matrimonial, que el proceso ordinario que venía tramitándose según las disposiciones del CIC ‘83 sigue siendo el mismo y los plazos que se observan en sus preceptos permanecen inalterables, con la salvedad –y aquí se encuentra el aspecto más novedoso– de que desaparece la doble sentencia conforme; de modo que, una vez obtenida la nulidad por sentencia afirmativa en primera instancia, no se remitirán de oficio los autos al Tribunal Metropolitano de 2ª Instancia para su revisión y posterior confirmación. La supresión de este trámite reduce, por razones obvias, la duración del proceso, pero el proceso ordinario sigue sometido a las mismas directrices que siempre han aconsejado que su duración no exceda de un año.

f) Principio de necesidad de la prueba

De todo lo que venimos exponiendo se deduce claramente que la prueba es el aspecto fundamental del proceso, de todo proceso³⁰⁸, y por ende, según sea el objeto litigioso así serán los tipos de pruebas y el modo en que hayan de practicarse. Aunque en los procesos matrimoniales canónicos se permite que la prueba sea propuesta no sólo a instancia de parte sino también de oficio, debemos informar que en algunos supuestos no depende de la voluntad de las partes o del juez traer al proceso las pruebas³⁰⁹, en nuestro caso la prueba pericial, sino que ante determinados supuestos es la propia ley la que impone la necesidad de que la pericia se practique. Es el caso de los capítulos sobre incapacidad de las partes que contempla el c. 1095 CIC, para los que se estipula que “*el juez no debe dejar de pedir al perito su dictamen sobre si ambas partes o una de ellas se encontraban afectadas en el momento de contraer matrimonio (...)*” según prevé el art. 209 Instrucción *Dignitas Connubii*.

g) Principio de publicidad

En causas donde está en juego el bien público también se estima procedente que se observe una publicidad en las actuaciones seguidas por las partes para controlar una efectiva igualdad en sus posibilidades de actuación procesal³¹⁰. Pero, al mismo tiempo que hablamos de un bien público, debemos atender al supuesto de fondo que se torna en materia altamente sensible y perteneciente al círculo íntimo y privado de las partes, de manera que puede ser primordial la reserva de algunos datos siempre que existan razones graves que así lo aconsejen según lo estipulado en el c. 1598 §1 CIC: “*no obstante, en las causas que afectan al bien público, el juez, para evitar peligros gravísimos, puede decretar que algún acto no sea manifestado a nadie, teniendo*

³⁰⁸ Cf. SENTÍS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, 1978, p. 9.

³⁰⁹ El que el juez pueda valorar la necesidad o utilidad de la pericia puede interpretarse como una respuesta al fin propio del Derecho Canónico, como instrumento para defender la *salus animarum* y la necesidad de encontrar la verdad sustancial más que formal (cf. GIANESIN, B., *Perizia e capacità...* o.c., p. 75).

³¹⁰ En el art. 229.1 DC se establece que antes de la discusión de la causa se deba proceder a la publicación de las actas. De hecho, el art. 231 DC advierte que la violación de este derecho de las partes puede comportar la nulidad sanable de la sentencia en el supuesto del art. 229.3 DC o la nulidad insanable si realmente se deniega el derecho de defensa (Cf. CANONICO, M., *Note di commento all'istruzione Dignitas Connubii sul processo matrimoniale canonico*, Torino, 2008, p. 58).

cuidado de que siempre quede a salvo el derecho de defensa”. Así pues, el juez debe ponderar con un criterio de proporcionalidad aquello que deba permanecer sin publicar y que al mismo tiempo no lesione el derecho de defensa de las partes.

La redacción de este canon en términos de reserva se debe a que las cuestiones que se ventilan en estos procesos afectan a experiencias vitales que, de conocerse por la otra parte o incluso saber que han sido desveladas podría ocasionar un grave perjuicio para la otra parte o dificultar aún más las relaciones interpersonales entre los cónyuges³¹¹.

Concretamente, en la prueba pericial, no es extraño encontrar al término del dictamen una advertencia del Perito psicólogo a los jueces³¹², que aún sin mencionárselo, viene a referirse al momento en que se estima que las pruebas deban ser publicadas. Al margen de las variaciones de estilo en la redacción de esta recomendación, subyace la idea de que el informe en cuestión ha sido realizado a petición del tribunal eclesiástico con motivo de un proceso de nulidad matrimonial sin que pueda ser utilizado fuera de este contexto específico ni para otro fin ajeno al que ha sido realizado. Así pues, generalmente suelen advertir también que no debe mostrarse a personas evaluadas o a otros familiares.

Y es que no pocas veces las partes quedan molestas y se sienten incómodas si llegan a leer las valoraciones de personalidad y conducta que ha realizado el Perito sobre su persona. Por eso, como ya indicábamos al hablar de las características de los procesos matrimoniales, la publicidad de la causa queda restringida frente a terceros y para las partes cuando actúan asistidas y representadas por abogado y procurador,

³¹¹ Debemos señalar que, en países donde no se reconoce la jurisdicción eclesiástica ni, por tanto, sus resoluciones en el marco de los procesos canónicos, la parte que considere violentada su privacidad y no admita las valoraciones que, por ejemplo, han podido hacer de ella los testigos, podría acudir a los Tribunales civiles entablando acciones penales contra testigos y la otra parte acusándoles de injurias y calumnias. Se pretende, pues, evitar que ante situaciones que podrían provocar un grave conflicto se opte por una actitud prudente (cf. PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IUIS CANONICI RECOGNOSCENDO, “Acta Commissionis”, en: *Communicationes*. 11 (1979) p. 134).

³¹² En ocasiones, esta advertencia no sólo pretende preservar a las partes de conocer su propia evaluación psicológica sino también la del contrario, bien para que no malinterpreten los términos y criterios utilizados para su evaluación, posiblemente desencadenantes de una preocupación u obsesión por su estado psicológico sino también porque puedan aprovechar para desacreditar a la parte contraria sirviéndose de estos informes y utilizándolos, incluso, ante la jurisdicción civil o penal, llegando en ocasiones a entablar un juicio con el perito que intervino en el proceso tras haber sido designado judicialmente.

recayendo sobre los abogados la obligación de no facilitar a las partes copias de las actas (cf. art. 235 DC), debiendo utilizarlas sólo para la defensa de los intereses de sus clientes.

2. El objeto de la prueba pericial en los procesos matrimoniales civiles y canónicos

En términos generales, constituye el objeto de la prueba pericial los hechos que se vienen a debatir en el pleito, la costumbre, el derecho extranjero y las máximas de experiencia. Dicho de otro modo, será objeto de este particular medio de prueba todo aquello que deba ser considerado por el órgano judicial para dictar la resolución que decida la litis surgida³¹³. Más concretamente, al amparo de lo recogido en el art. 281 LEC y en su aplicación al objeto de la prueba pericial, podemos expresar que tendrá por objeto aquellos hechos que guarden relación con la tutela judicial que pretenda obtener el sujeto que lo solicite³¹⁴.

En el art. 335 LEC se recoge gran parte de este objeto: “*Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos (...)*”, todo ello con dos límites: en primer lugar, a partir de esos hechos o datos que se aportan al proceso sin poder introducir hechos distintos a los controvertidos y poder incurrir así en una vulneración del principio dispositivo y, en segundo lugar, el que el dictamen pericial se limite a los hechos concretos que las partes delimiten a su vez al proponer la prueba pericial³¹⁵.

En relación a estos hechos, para que puedan constituir el objeto de la pericia deben resultar controvertidos, de manera que sobre los mismos no exista una conformidad por las partes en el pleito. No obstante, recordemos aquí la excepción de que ante materias no dispositivas, como es el caso de los procesos matrimoniales, sea necesario la prueba pericial para entender que esos hechos invocados existen como tales y que han sido suficientemente probados.

³¹³ Cf. GUTIÉRREZ MUÑOZ, S.M., *La prueba pericial en el proceso civil*, Barcelona, 2009, p. 28.

³¹⁴ Cf. STS 371/2000, de 12 de abril (ROJ STS 3079/2000): “(...) la prueba pericial ha de recaer sobre unos hechos o datos aportados al proceso para ser valorados y apreciados técnicamente, constituyendo lo antedicho la regla de oro de la prueba pericial en el área jurisdiccional civil”.

³¹⁵ Cf. PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso...* o.c., pp. 50-51.

El objeto de la pericia, en principio, lo fijan las partes si el dictamen se entrega con la demanda o la contestación, pero cuando es el juez quien debe designar un perito, deberá determinar, dentro de lo que las partes proponen, aquello que deba constituir el objeto de la pericia³¹⁶.

A nivel de la prueba pericial en general, también se ha mencionado que pudiera ser objeto de prueba las normas jurídicas, entendiendo al respecto que se trate del derecho extranjero si es alegado por las partes en apoyo de sus peticiones, pues las normas en sí no necesitan ser probadas y se comprende que el propio órgano judicial debe conocerlas y aplicarlas³¹⁷.

La costumbre aparece como otro posible objeto de prueba, pero conviene advertir que no será necesaria su prueba en caso de conformidad de las partes sobre su existencia y contenido en tanto esta costumbre, además, no afecte al orden público. Será, por tanto, objeto de pericia verificar en el dictamen que existen una serie de situaciones de hecho que se mantienen constantes y prácticamente inalterables a lo largo de un tiempo prolongado y que estas actitudes corresponde a un grupo más o menos grande.

Por último, las máximas de experiencia podrían ser objeto de prueba, pero sólo aquellas que se consideran especializadas (no es necesario probar las que son comunes), debiendo probar el perito que esas máximas existen para que el órgano judicial pueda entender y reconocer, asimismo, su existencia.

Nuestro objetivo abarca el ámbito de las relaciones interpersonales y se detiene a evaluar aquellos aspectos que podrían incidir negativamente para la supervivencia del matrimonio y de la propia familia, haciéndolo extensible a todos los miembros que la componen. Interesa pues abordar el objeto de la prueba pericial en los procesos matrimoniales, que viene a ser su contenido y su razón de ser. De hecho, es importante atender a la forma en que el juez acota las cuestiones que formula al perito para que se pronuncie sobre ellas, pues según plantee cada uno de los puntos, así también estará

³¹⁶ Cf LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *La prueba pericial...* o.c., p. 63. Al respecto se hace alusión a la existencia de una controversia doctrinal, pues algún autor viene a decir que conforme a los arts. 346, 347.1 y 427.2 de la LEC no se permite que el juez pueda provocar la intervención del perito de parte al acto del juicio o la vista ni según determina el art. 347.2, que pueda ampliar el dictamen en el momento en que el perito comparece al acto de la vista (cf. PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso...* o.c., pp. 47-48).

³¹⁷ Cf. GUTIÉRREZ MUÑOZ, S.M., *La prueba pericial...*, o.c. p. 30.

delimitando y calificando el objeto de la pericia. De este modo, el establecimiento del objeto de una pericia constituye, a su vez, la razón misma de por qué puede solicitarse una prueba pericial y por qué esa situación despierta interés o tiene relevancia para el proceso mismo.

Por eso, la forma de obtener los datos que darán soporte a la pericia y a la interpretación de los mismos por esa persona que tiene un conocimiento especializado también conforma el objeto de la pericia, lo que nos hace constatar que los diferentes tipos o formas de elaborar un peritaje incide a la hora de delimitar el objeto del mismo.

Podemos encontrarnos, por tanto, con un examen directo por parte del experto, que teniendo delante los hechos, los observa, analiza y manifiesta su opinión sobre ellos, pues sólo él puede ser capaz de observar, comprender o juzgar en profundidad. Pero puede suceder que el experto no tenga oportunidad de presenciar los hechos y en estos casos se le pida una opinión ante un hecho que presenta un tercero para que indique, a su juicio, qué consecuencias podrían derivar de una determinada situación. Incluso, puede ocurrir que el perito sea llamado para realizar un informe basado en los principios que sustentan las bases de la disciplina o materia de la que es especialista y enuncian protocolos de actuación, de manera que deba elaborar un informe sobre procedimientos ya establecidos a modo de guía para reconocer la coherencia y credibilidad de otras pericias que se pretendan contrastar o simplemente, para que el juez disponga de datos científicos o técnicos para valorar los hechos objeto del proceso. Por último, destacaríamos esa situación en la que el perito viene a declarar sobre un hecho que él observó a través del uso de su conocimiento especializado, de manera que no viene a manifestar una opinión de experto sino a declarar unos hechos en los que él ha intervenido como técnico en la materia y que posteriormente se le requiere para identificarlos en calidad de experto, aportando sus propias conclusiones como resultado de lo que conoció a nivel profesional.

De esta manera, el objeto de la prueba pericial puede ser diferente en función del método utilizado para llegar a delimitarlo y conocerlo. En todo caso, habrá que analizar la aplicabilidad de estos métodos a los procesos matrimoniales para comprender cuál es, exactamente, el objeto de la pericia y cómo se articula su examen.

En nuestro estudio estamos abarcando todo aquello que atañe de manera particular a los procesos matrimoniales, de manera que también, a la hora de determinar la materia que es objeto de la pericia, debemos ceñirnos a esta categoría. No será

necesario, en este caso, dedicar dos subapartados por separado sobre cómo se deduce esta contribución del objeto en cada ordenamiento jurídico, pues lo que diremos se mantiene de manera casi idéntica en ambos, a pesar de que el objeto, en función de la materia de la que trata, pueda diferir en cada caso.

Si partimos de lo que la LEC establece al respecto, encontramos que presenta varios aspectos que pueden configurar la pericia, según se trate de cuestiones científicas, artísticas, técnicas o prácticas. Esta clasificación procura delimitar el campo de especialización al que puedan corresponderse los temas o situaciones sometidos a peritaje, de manera que así también se puedan integrar en estos grupos aquellos que poseen conocimientos técnicos especializados.

En los procesos matrimoniales civiles nos encontramos con que el objeto del proceso lo constituye una materia altamente sensible, como es la situación en la que los menores quedan tras la ruptura de sus padres. De hecho, estos menores se van a convertir en destinatarios de la pericia y en sus promotores tanto para que se realice sobre ellos como en relación a sus padres, todo ello fundamentalmente en pro del bienestar del menor. Así pues, quienes adoptan el papel de sujetos sobre los que recae la pericia son al mismo tiempo la causa que hace requerirla. La concreción del objeto, en estos procesos, plantea el desarrollo exclusivo de una pericia psicológica o, incluso, si por ejemplo, hubiera signos de maltrato, se podría complementar con una pericia médica sobre las secuelas o daños físicos producidos³¹⁸.

En el ordenamiento civil, según el art. 399.6 LEC se admite que el tribunal pueda designar un perito para cada cuestión o conjunto de cuestiones y por tanto se da a entender que los objetos de la pericia puedan ser diferentes. Esto puede llevar a solicitar tantos peritajes como cuestiones se deban debatir. Llevado a nuestro terreno en relación a los procesos matrimoniales podemos pensar en el supuesto de que pueda intervenir un perito psicólogo para poder dictaminar el régimen de custodia de los hijos y quizá un perito psiquiatra para que se pronuncie sobre el estado mental de uno o de los dos

³¹⁸ En este sentido, los informes periciales y la forma de enfocarlos se deben adaptar a las circunstancias específicas y peculiares que concurren en los casos de violencia de género y según los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, con las características concretas que conlleva respecto a la situación jurídica, familiar y social de las víctimas en las relaciones intrafamiliares.

progenitores³¹⁹. En ocasiones, también los médicos psiquiatras evalúan a los menores si presentan algún cuadro derivado de un trastorno que pudiera verse agudizado o fomentado por la situación personal y matrimonial de los padres.

Por tanto, los supuestos que son más comunes y para los que se solicita una evaluación por parte del órgano juzgador vienen a ser:

- Evaluación psicológica de las causas que hayan producido la nulidad civil del matrimonio.
- Supuestos de consentimiento de matrimonio de menores.
- Exclusiones de la Patria Potestad.
- Situaciones de Guarda y Custodia, integrando los distintos estadios que pueden requerir esta valoración: a la hora de atribuirle inicialmente, ante cualquier petición de cambio o modificación de la custodia, valoración de los cambios en el entorno parental y su influencia psicológica y seguimientos técnicos y programas de intervención.
- Por el bien de los menores, el diseño y supervisión de los programas para controlar el régimen de visitas.
- Evaluación psicológica de los implicados en la adopción y acogimiento familiar³²⁰.

Por tanto, el objeto de la pericia comporta el estudio, examen y reconocimiento de los cónyuges y los hijos valorando el comportamiento, actitudes y otras circunstancias objetivas que concurren en la vida de esa estructura familiar. Fundamentalmente, la pericia tratará de evaluar la dedicación, capacidad, aptitudes personales y disponibilidad de los progenitores para con los hijos en razón de su situación laboral. Y a partir de ahí, según el tipo de proceso en curso y las medidas que

³¹⁹ Cf. LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, M., *La prueba pericial...* o.c. p. 63.

³²⁰ Según lo establecido en el art. 173.1 CC, “*El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Este acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional*”. Por tanto, en este régimen que no crea vínculos jurídicos e independientemente de la temporalidad, se va a exigir a las personas que intervengan en él las mismas garantías y medidas de protección hacia el menor y por lo tanto, podrán ser sujetos de evaluación en relación a todos aquellos parámetros sociales y de conducta que puedan afectar al desarrollo integral del menor.

se soliciten (atendiendo por ello al objeto mismo del proceso), los dictámenes podrán ser diferentes en función de la materia que merezca ser informada por psicólogos o trabajadores sociales: dictamen psicológico sobre el establecimiento de la guarda y custodia, sobre competencia parental, sobre la relación con uno de los padres o entre hermanos, o incluso algún informe aislado sobre una cuestión específica que requiera el juez y que no esté encuadrada en los estándares habituales.

La pericia, por tanto, tendrá por objeto realizar un examen directo sobre los menores, los cónyuges e, incluso, si procede, sobre otros miembros de la unidad familiar (por ejemplo, los ascendientes de los cónyuges y abuelos de los menores³²¹), que pudieran aclarar cuál es la situación que marca su convivencia y, por tanto, qué rasgos acentúan la conveniencia de repartir las visitas para con uno y otro cónyuge y para con las respectivas familias. Incluso, convendrá analizar qué influencia pueden ejercer terceras personas en la dinámica familiar, refiriéndonos en este caso, por ejemplo, a las nuevas parejas de los respectivos progenitores y su interferencia con los menores, algo que en ocasiones resulta tan problemático e incomprensible para éstos. Incluso, no se puede soslayar que en el entramado social en el que se mueven los padres, puede existir una red de personas relevantes en la vida de los hijos más allá del entorno familiar, en el que participan, de algún modo, amistades, vecinos o profesionales diversos.

En ocasiones, cuando los cónyuges no demuestran tener plena capacidad para hacerse cargo de la prole o cuando sus obligaciones laborales y profesionales les limitan para una dedicación ajustada a las necesidades de los menores, es necesario evaluar la capacidad de otros familiares que podrían suplir estas carencias, de manera que en todo momento se proteja a las personas más débiles en este tipo de procesos. Por tanto, a través de una entrevista con la correspondiente valoración psicológica, se podrá concluir

³²¹ Al respecto, resulta interesante cómo el régimen de visitas de los nietos para con los abuelos, pese a ser reconocido en la Jurisprudencia, se incorporó expresamente en el Código Civil mediante la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, *de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos*. El Tribunal Supremo ha venido reconociendo que no sólo constituye un derecho que los abuelos y nietos se relacionen, sino que incluso se trata de un derecho-deber que resulta beneficioso para ambos y cuya trascendencia personal y familiar conlleva que prime incluso sobre la fijación de la relación que los menores han de tener con otros familiares o parientes (Cf. STS 576/2009, de 27 de julio en: ROJ STS 5382/2009; STS 689/2011, de 20 de octubre en: ROJ STS 6491/2011; STS 723/2013, de 14 de noviembre en: ROJ STS 5469/2013. También, SAP Madrid 1184/2011, de 17 de noviembre de 2011 en: Roj SAP M 14739/2011 y SAP Baleares 172/2011, de 17 de mayo en: Roj SAP IB 897/2011).

sobre la aptitud de los cónyuges para llevar a cabo las tareas de educación y cuidado de sus hijos, así como se tendrá en cuenta si los menores sometidos a su guardia y custodia se muestran favorables a permanecer con ellos o manifiestan reticencias justificadas e insalvables. Porque, por ejemplo, la atribución de la guarda y custodia no se decide teniendo en cuenta quién de los dos progenitores ha hecho más por el menor, sino que se determina en base a las necesidades de éste y la protección del superior interés que éste representa³²².

Por último, siguiendo el enunciado de los diversos tipos de pericia que informan sobre su objeto, se trata ahora de ver cómo ese tercero que participó de algún modo en los hechos puede propiciar que se conozcan los datos necesarios para poderlos valorar con mayor exactitud en su conjunto. Pensemos, por ejemplo, en los datos del equipo de profesores del ámbito escolar que constituyen un entorno cualificado en virtud del número de horas al día que pasan con los menores, donde se desenvuelven con una serie de actitudes y comportamientos que, si bien pueden influir en los resultados académicos, sus causas pueden encontrarse directamente relacionadas con la situación que están viviendo los menores en el hogar familiar. Asimismo, por ejemplo, cuando se trata de una modificación de medidas en relación a la custodia, si la entrega de los niños para las correspondientes visitas se ha realizado en un punto de encuentro, los trabajadores y asistentes sociales pueden aportar mucho sobre lo que puedan percibir, bien por ellos mismos, o por lo que les pueda ser transmitido por los padres o incluso por los menores.

Por otro lado, es probable también que por parte del Juzgado se solicite a un perito un informe sobre los efectos que de manera objetiva se estiman en ciertos comportamientos, pudiendo versar sobre algunas adicciones³²³, el padecimiento de

³²² Cf. SAP Valencia 723/2004, de 17 de diciembre (Roj SAP V 5487/2004): “(...) *hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales, y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos cuando sus padres se separan*”. (Vid. También, SAP de Barcelona 407/2005, de 15 de junio (Roj SAP B 6354/2005) FJº 2º; SAP de Asturias, 261/2006, de 12 de mayo (Roj SAP O 1407/2006), por la que se atribuye al padre la custodia atendiendo al interés del menor;

³²³ Cf. SAP de Palencia, 223/2006, de 24 de julio (Roj SAP P 417/2006). Practicados dos dictámenes de psicólogo y otros dos del Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado Decano de Palencia, se deduce que la madre padece un problema grave de alcoholismo y que se ha negado a someterse a un análisis por un especialista para ser diagnosticada clínicamente. En base a esto, para atender a proteger el interés preferente de la hija, se le atribuye la guarda y custodia al

enfermedades y trastornos mentales, de manera que, aunque no se trate de evaluar una situación específica, sirva al Juez para adelantarse a eventuales consecuencias que pudieran darse en el futuro y en virtud de esa posibilidad, poder decidir lo que sería más oportuno para salvaguardar la integridad de los menores y para lograr una relación lo más respetuosa posible entre sus progenitores³²⁴. Esto resulta bastante significativo para otorgar autenticidad y veracidad a los informes de otros peritos, de manera que sin llegar a ser un perito evaluador de una pericia, pueda verter unos datos que puedan contrastarse con los otros que ya existieran, por ejemplo, procedentes de evidencias obtenidas directamente por el examen de los sujetos o de sus circunstancias circundantes. En este caso, la seguridad y la fiabilidad que aporta el perito especialista llamado para identificar neutralmente unos hechos tiene bastante peso y refuerza la convicción del juez para adoptar una determinada decisión.

Finalmente, quedaría referirnos a la posibilidad de que quien ha actuado como especialista ante unos hechos específicos, evaluando e interviniendo activamente para ofrecer un tratamiento y una solución, pueda ser llamado por el Tribunal para exponer los detalles del seguimiento que hizo en el ejercicio de su profesión y que ahora cobran importancia por una doble razón: por haber sido conocidos directamente por el experto y porque puede explicar la interacción de todos los procesos que han tenido lugar gracias a esa observación e intervención directa para ese caso concreto y también en calidad de especialista al constatar datos provenientes de su experiencia a partir de otros supuestos. Pensemos en el caso de un mediador que ha seguido de cerca el íter de los acontecimientos y que presencia la deficiente gestión que los progenitores han hecho con su separación, manteniendo un enfrentamiento que evidencia un mal pronóstico para los intereses de los progenitores, pues no manifiestan un alto nivel de relación y respeto por el bien de los menores. Dado que los programas de mediación familiar se encargan de asesorar, orientar y buscar un acuerdo mutuo o aproximar posiciones de las partes en conflicto para regular los efectos de la separación, divorcio o nulidad, el retroceso en las relaciones interpersonales y el bloqueo permanente por superarlas es lo

padre. También, en la misma línea, SAP Ciudad Real 192/2006, de 3 de julio (Roj SAP CR 661/2006); SAP de Segovia 111/2006, de 15 de junio (Roj SAP SG 170/2006).

³²⁴ Cf. SAP de Huesca 187/2006, de 29 de septiembre (Roj SAP HU 378/2006), donde a pesar de las nuevas condiciones psíquicas de la madre acreditadas por el informe de un médico psiquiatra, primando el interés superior del menor no se considera beneficioso para el niño el traslado a otro domicilio.

que se pretende demostrar, en este caso, para poder articular de manera conveniente las pretensiones de los progenitores salvaguardando el bien de los hijos.

Analizando ahora la jurisdicción canónica y los procesos matrimoniales que se suceden ante ésta, el objeto de la pericia viene determinado por una serie de hechos y afirmaciones y atiende fundamentalmente al estudio de unas actitudes y comportamientos que el sujeto manifiesta externamente y que es fruto de su propia realidad interna y emotiva. Esta manifestación externa es precisamente lo que propicia que puedan desarrollarse actuaciones judiciales que tengan por objeto el estudio y valoración de estos comportamientos con el fin de poder llegar a unas conclusiones que permitan incluso identificar y diagnosticar alteraciones o anomalías³²⁵ en los procesos internos de la persona evaluada. Según se trate de una enfermedad o trastorno mental o de un trastorno relacional o de comportamiento, procederá acudir a la pericia psiquiátrica o a la pericia psicológica³²⁶.

Pero también podemos encontrar que el objeto de la pericia lo constituya el examen sobre la capacidad fisiológica de los cónyuges para realizar el acto conyugal en aquellas causas sobre impotencia (pudiendo darse tanto en el varón como en la mujer). En estos casos, desde la pericia médica (especialidad en urología o ginecología) se trata de valorar si la impotencia es o no grave, irreversible y también su antecedencia y duración. Por tanto, el objeto de la pericia no es sólo el foco de estudio para hacer una valoración estática de unos hechos o aspectos con carácter de presente, sino que abarca cuestiones anteriores y también futuribles, de manera que se pueda predecir en qué momento o ante qué circunstancias podrían sobrevenir.

En algunos casos, incluso, se requiere la colaboración de peritos calígrafos a la hora de constatar la autenticidad de los documentos presentados cuando se trata de declaraciones formuladas por alguno de los cónyuges y que posean relevancia para el proceso.

En los procesos matrimoniales canónicos directamente se prevé la pericia médica y la pericia psicológica en casos muy concretos preceptuados por ley, dejando que en otros supuestos donde no se exija explícitamente opere la discrecionalidad del

³²⁵ Cf. PANIZO ORALLO, S., *La intimidación a prueba*, Madrid, 2003, p. 200.

³²⁶ Cf. SERRANO RUIZ, J.M., “La Pericia psicológica realizada solamente sobre los autos de la causa: legitimación, elaboración y valoración canónica”, en: *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, X, Salamanca, 1992, p. 528.

juez. No se hace en el CIC una mención expresa del carácter de los elementos sobre los que ha de recaer la pericia como ocurre en la LEC, pero ciertamente, de lo dispuesto en el c. 1680 CIC se deduce claramente que la pericia para este tipo de procesos será científica y práctica procedente de las áreas concretas de conocimiento. Por eso, si se ha de clarificar si existió impedimento de impotencia o si una enfermedad mental grave provocó falta de consentimiento matrimonial, será necesario recurrir, entre otros medios probatorios, a la valoración de los expertos.

Por tanto, se trata de identificar aquellas causas de naturaleza psíquica y establecer su influjo sobre la capacidad real del sujeto para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio³²⁷. A lo largo de este estudio veremos de manera concreta y desde la praxis de los Tribunales Eclesiásticos cómo se califica y delimita el objeto de la pericia y cómo se da respuesta a los interrogantes suscitados por el Tribunal para tratar en profundidad esas cuestiones que se pretenden conocer desde la óptica y la perspectiva del experto.

La legislación canónica recoge en su articulado de manera minuciosa cuál es el objeto de la pericia al mencionar expresamente los términos que interesan conocer y sobre los que debe pronunciarse el perito, tanto en relación a la declaración de nulidad por impotencia o por incapacidad para prestar el consentimiento. Se trata, pues, de determinar la condición psicológica-psiquiátrica o también física del sujeto. Así pues, el art. 208 DC concreta que *“en las causas sobre impotencia, el juez preguntará al perito cuál es la naturaleza de la impotencia y si es absoluta o relativa, antecedente o subsiguiente, perpetua o temporal, y, si es sanable, por qué medios”*. Vemos cómo claramente se determina el objeto de la pericia en atención a las diversas cuestiones sobre las que el perito tiene que dar una respuesta, pues con los resultados del peritaje se quiere demostrar si esa incapacidad física para consumar el matrimonio cumple los requisitos exigidos para considerarlo como un impedimento para contraer matrimonio y por ende, como motivo que justifica la existencia de la nulidad del matrimonio contraído. Y lo que el juez necesita saber –y para ello requiere que el perito se lo confirme– es si la impotencia es temporal o perpetua, es decir, si se puede llegar a superar o curar por medios que sean lícitos, ordinarios y que no comporten un peligro para la vida o sean perjudiciales para la salud.

³²⁷ Cf. TRAMMA, U. “Annotazioni sparse in tema di periti” en: AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 1988, p. 205.

Hay otro aspecto sobre el que cabe pronunciarse en este supuesto de impotencia, y es conocer si esa impotencia es relativa o absoluta, es decir, si el sujeto impotente lo sería con cualquier persona o si pudiera serlo con aquella con la que contrajo matrimonio pero posiblemente no se daría con otra persona. Esto, como veremos, no es algo que afecte a la declaración de nulidad pero sí al momento de imponer el veto en orden a contraer segundas nupcias³²⁸.

Sobre la incapacidad psíquica, también la Instrucción *Dignitas Connubii* nos sorprende en su artículo 209 con un elenco de cuestiones presentadas con detalle para averiguar si el sujeto periciado padece una anomalía tal que impida el cumplimiento de las obligaciones inherentes al matrimonio. Por tanto, el perito tiene que examinar ante qué deficiencia o alteración nos encontramos y si esta anomalía se puede considerar grave a efectos de incapacitar al sujeto para la vida matrimonial. Para delimitar este objeto el mencionado artículo establece que “*en las causas de incapacidad, conforme al c. 1095, el juez no debe dejar de pedir al perito su dictamen sobre si ambas partes o una de ellas se encontraban afectadas en el momento de contraer matrimonio por una peculiar anomalía habitual o transitoria; cuál era su gravedad; cuándo, por qué causa y en qué circunstancias se originó y se manifestó*”. De este modo, el perito tendrá que verificar si el sujeto padece una grave desestructuración de su psiquismo que conlleve la demostración de que es incapaz.

También es objeto de la pericia, no sólo el grado de la gravedad o el diagnóstico de la anomalía que se padece, sino que interesa, primordialmente, que el perito examine

³²⁸ En varios preceptos del Ordenamiento Jurídico Canónico se reconoce el *ius connubii* como un derecho natural fundamental (cf. cc. 219 y 226 §1 CIC), pero no se trata de un derecho absoluto, pues tal y como se establece en el c. 1058, podrán contraer matrimonio “*todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe*”. Y en relación con este precepto, se prevé una limitación del derecho a contraer matrimonio conforme a derecho, porque concurran impedimentos matrimoniales, impuesto mediante un precepto administrativo del obispo (cf. c. 1077 CIC) o por medio de una sentencia judicial (cf. c. 1684 CIC). De este modo, la Iglesia ha previsto una serie de garantías para evitar que una vez declarada la nulidad de un matrimonio, las dos partes o una de ellas pueda contraer nuevamente un matrimonio que tiene todas las probabilidades de ser nulo. Por eso surgió la figura del veto judicial como prohibición para contraer nuevo matrimonio y que puede venir impuesto en la misma sentencia que declara la nulidad. El art. 251 DC nombra expresamente los casos en los que debe imponerse este veto y que identifican los supuestos sobre los que precisamente se va a exigir la práctica obligatoria de la prueba pericial, como es en caso de impotencia absoluta o de incapacidad permanente para el matrimonio. En estos casos, la Instrucción reconoce el deber del Tribunal para añadir “*a la sentencia un veto que prohíba contraer nuevo matrimonio sin consultar al mismo tribunal que dicta la sentencia*” (Cf. PEÑA GARCÍA, C., Voz: “Veto Judicial”, en: AA.VV., *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol. VII, Pamplona, 2012, pp. 822-823).

si al momento de contraer matrimonio esa anomalía estaba presente. Sobre este punto, no se puede requerir que esa anomalía se manifestara necesariamente al momento de contraer nupcias, pues podemos encontrar supuestos en los que la convivencia matrimonial informa sobre diversos comportamientos que fueron poniendo de manifiesto el padecimiento de una enfermedad psíquica que estaba latente. Por tanto, es posible que para ello el perito deba retrotraerse al pasado del periciado con los datos facilitados sobre su historia personal y también por lo aportado en los autos, de manera que el perito manifieste hipótesis o presunciones de la existencia del trastorno desde el momento de contraer matrimonio si al hacerlo muestra una coherencia en el análisis de los datos y de los síntomas sometidos a su valoración científica. Ahora bien, lo que sí debe quedar claro es que el perito no es competente para pronunciarse, bajo ningún concepto, sobre la nulidad del consentimiento, la incapacidad del cónyuge para contraer o incluso sobre la nulidad del matrimonio, pues esta tarea es exclusiva del juez³²⁹.

Otro de los elementos que conforman el objeto de la pericia en los supuestos de incapacidad consensual y que menciona el art. 209 DC es el criterio de temporalidad y la gravedad o intensidad de los síntomas. El criterio temporal alude al momento en que surgió ese trastorno concreto, sus causas, su desarrollo y si ha llegado a un estadio de cronificación o sin embargo se prevé una mejora a corto o largo plazo. Y junto a este, el factor de gravedad muestra hasta qué punto puede ser compatible convivir con el estado matrimonial, pues habrá casos en los que siendo grave la otra parte decida soportarlo o tolerarlo voluntariamente en base al compromiso que ha adquirido, o puede ocurrir todo lo contrario y es que tenga una mínima capacidad de aguante de manera que ante la menor dificultad, reaccione exagerando las complicaciones propias de la vida conyugal. Es decir, que será fundamental que un especialista observe e identifique los síntomas y los catalogue según los baremos solicitados por el Tribunal. Que el Tribunal requiera que se traten ciertos aspectos no significa que el perito deba circunscribirse exclusivamente a ellos, sin entrar a valorar otros aspectos complementarios que pudieran ser de interés. Ahora bien, se entiende que el juez debe guiar el enfoque del dictamen a partir de las preguntas que casi de manera preceptiva ordena la Instrucción DC que así se formulen. Esta es, sin duda, una novedad importante en la Instrucción DC, pues ha aportado las pautas que ofrecen mayor seguridad para que la pericia sea

³²⁹ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., “Sentido de la prueba en el Derecho matrimonial canónico”, en: *La prueba en los procesos de nulidad matrimonial. Cuestiones de actualidad en Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*, Salamanca, 2003, p. 38.

bien hecha o responda a ese mínimo exigible para que pueda considerarse necesaria y útil.

El contenido de los apartados siguientes dentro del mismo artículo 209 DC nos revela el objeto de la pericia y lo que se persigue con la misma con mayor exactitud. De hecho, para cada uno de los extremos del c. 1095, establece qué es lo que se debe solicitar al perito:

- 1º: *“En las causas por falta de uso de razón, debe preguntar si la anomalía perturbaba gravemente el uso de razón en el momento de la celebración del matrimonio, y con qué intensidad y bajo qué indicios se reveló”*.
- 2º: *“En las causas por defecto de discreción de juicio, debe preguntarse qué efecto produjo la anomalía sobre la facultad de discernimiento y de elección para tomar decisiones graves y en particular para elegir libremente n estado de vida”*.
- 3º: *“En las causas por incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, debe preguntar sobre la naturaleza y la gravedad de la causa psíquica por la que la parte padece no sólo grave dificultad sino imposibilidad para hacer frente a las acciones inherentes a las obligaciones del matrimonio”*.

Por tanto, siendo el objeto de la pericia hacer una valoración del psiquismo del sujeto periciando para descubrir aquellas anomalías que le pudieron afectar gravemente al momento de contraer, se entiende que queda suficientemente acotado el campo de acción del perito. Y de ningún modo se debe confundir la calificación que haga desde la ciencia que le avala con emitir un juicio jurídico, pues ya estaría invadiendo el terreno propio del juez. Ni el juez se lo puede pedir ni el perito puede extralimitarse. La pericia debe analizar aquello que pertenezca a su campo de estudio y nunca puede opinar, siquiera, sobre si el sujeto sufrió un grave defecto de discreción de juicio o estaba incapacitado para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, a pesar de que sí se requiera que los peritos que trabajen para el Tribunal Eclesiástico se instruyan con mayor precisión en relación a los requisitos canónicos para la validez del matrimonio³³⁰.

Para ello, creemos que será necesario que las preguntas que el Juez haga a los peritos sobre el estado mental de los contrayentes no sean presentadas bajo el aspecto

³³⁰ Cf. VERA URBANO, F., “La prueba pericial en las causas psíquicas de nulidad matrimonial”, en: *Revista Española de Derecho Canónico*, 34 (1978) pp. 143-144.

jurídico, pues si así lo hiciera, el juez se vería obligado o a aceptar las respuestas del perito asumiéndolas como propias (incluso aunque esto fuera en contra de su persuasión) o a negar las afirmaciones del perito oponiéndose a su método y a su ciencia, algo que en ambos casos no debería tolerarse³³¹.

Importa, por tanto, que a la ciencia jurídica que posee el juez se agregue una mínima competencia científica y técnica, habida cuenta de que se trata de temas recurrentes en su trabajo diario, lo que le obligará, de algún modo, a estar actualizado en el progreso de estas ciencias³³². Veremos, por tanto, cómo el trabajo del perito y del juez exige un mínimo de interdisciplinariedad, es decir, ambos han de conocer lo básico de la especialidad del otro sin que a la hora de ejercer su cometido, en base al oficio encomendado, suponga una injerencia en el campo que de por sí les es ajeno.

3. Sujetos que intervienen en la pericia en los procesos de familia

La prueba pericial viene conformada por una estructura que, en un principio, engloba a personas físicas y que lidera la figura del perito en relación a unos sujetos que vienen a ser examinados por él sometiéndose de manera voluntaria a este examen. Se reconocen por tanto unos elementos personales y otros materiales, que obedecen al resultado de la pericia y a la forma en que se presentan. El perito no tiene interés en participar en la causa que se desarrolla ante un Tribunal, sino que son las partes las que voluntariamente y en virtud del interés que les mueve en el proceso, solicitan que intervenga tras una designación y contratación privada o solicitando una designación judicial. Pero puede ocurrir también que el perito sea llamado directamente por el Tribunal porque éste decida que su intervención es necesaria o porque así lo determine la legislación que corresponda.

3.1. El perito como sujeto activo de la pericia

De lo que hemos ido tratando a lo largo de este estudio queda claro quién es el perito y cuál es su cometido, principalmente, suplir la falta de conocimientos

³³¹ Cf. POMPEDDA, M., “Dialogo e collaborazione tra giudizi e periti nelle cause di nullità di matrimonio”, en: *Periodica*, 88 (1999) pp. 151-152.

³³² Cf. LÓPEZ ZARZUELO, F., “La valoración por parte del juez eclesiástico de las pericias psicológicas y psiquiátricas en las causas de nulidad de matrimonio”, en: AA.VV., *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, (XIII), Salamanca, 1997, p. 362.

especializados en la materia objeto del proceso que pueda tener el juzgador. Y es que se va a requerir que el perito sea verdaderamente experto en las materias que integren los diversos objetos de estudio, no siendo suficiente que sean competentes, sin más, en otras disciplinas que puedan ser más o menos afines³³³. En los procesos matrimoniales del orden civil o canónico, las especialidades que requerirán nuestra atención serán fundamentalmente la Psicología y la Psiquiatría³³⁴, como hemos venido enunciando, además de la especialidad médica en Urología y Ginecología, para aquellos casos en los que se cuestione la consumación del matrimonio canónico por un problema físico padecido por el varón o por la mujer o se aprecien serias dificultades para mantener relaciones íntimas con normalidad. Por tanto, en todos estos campos no basta que el sujeto que se considera perito tenga unos vastos conocimientos teóricos de la materia, sino que se exige también que demuestre dominarlos en la práctica, así como a la hora de admitirlo, no sirve que se valore la competencia del perito en base a la documentación objetiva que le habilita profesionalmente, sino que debe constatar su cualificación en base a la preparación científica y práctica que haya tenido³³⁵. Y esta competencia singular se extiende, además, a la actualización en los últimos avances científicos y al desarrollo de la técnica que complementa a la ciencia. Partiendo de un ejemplo que nos trae el Prof. García Faílde para ratificar la necesidad de recorrer todos los estadios para convertirse en un gran experto, recuerda que *“ninguna ciencia psiquiátrica puede prescindir, sin que se pierda en sombra especulativas, de la clínica como fuente de saberes; la psicología clínica se ha convertido en medio auxiliar indispensable del diagnóstico, la terapéutica, la prevención, la rehabilitación; por otra parte el desarrollo de las técnicas (Test, encuestas, entrevistas) psicométricas y proyectivas (medida de aptitudes y de funciones, evaluación de la personalidad y motivaciones) así como la amplitud de las terapéuticas psicológicas requieren una especialización elevada”*.

Por tanto, al hablar de la figura del perito, para poder encuadrarlo con sus características y funciones propias en el papel que le corresponde desempeñar,

³³³ GARCÍA FAÍLDE, J.J., “Valoración jurídica de la prueba pericial psicológica/psiquiátrica”, en: FUENTES, J.A (Dir.), *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales*, Pamplona, 1991, p. 304.

³³⁴ En los procesos matrimoniales también se puede solicitar la intervención de otros especialistas, según el caso, como sexólogos, epidemiólogos, internistas, etc.

³³⁵ Cf. BIANCHI, P., “L’istruzione “Dignitas Connubii”...o.c., pp. 523-526.

conviene distinguirlo de otros sujetos con quienes parece presentar similitudes, aunque como veremos, el campo de actuación queda perfectamente delimitado.

Así pues, podemos diferenciar la figura del perito y del testigo, la del perito y el testigo-perito y la del perito y los técnicos en la materia. En el capítulo dedicado a la naturaleza jurídica, mostraremos la diferencia desde su cometido y el resultado procedente de su actuación, comenzando ahora por precisar los contrastes detectados desde una aproximación al concepto.

3.1.1. Distinción entre el perito y el testigo

Partiendo de la primera clasificación en el plano procesal civil, encontramos que la diferencia fundamental entre testigo y perito es que éste último no conoce los hechos antes de intervenir en el proceso mientras que aquél sí tiene noticia de los hechos controvertidos relativos al objeto del juicio (art. 360 LEC). También, la temporalidad de los hechos sobre los que se pronuncian el testigo y el perito difieren, pues en el caso del testigo siempre van a ser hechos pasados que trae al proceso, sin embargo, para el perito, se trata de hechos presentes a pesar de que pudieron acontecer con anterioridad a su intervención, pudiéndose incluso pronunciar sobre hechos futuros³³⁶. Además, la utilidad del perito se hace patente por su formación cualificada y por lo que puede aportar al esclarecimiento de los hechos objeto del proceso a través de las máximas de experiencia especializadas (cf. art. 340 LEC), mientras que el testigo es útil por aquello que ha podido percibir a nivel individual (cf. art. 360 y 361 LEC)³³⁷. De hecho, por esa utilidad que interesa a las partes son éstas las que proponen al testigo, pero a pesar de que en el caso del perito también quepa la posibilidad de que sea escogido por las partes, existe la opción de que sea designado por el juez a petición de las partes, cosa que de modo alguno se prevé para los testigos³³⁸.

También cabe destacar cómo la persona del perito es sustituible por otra en caso de que acudiendo a él para solicitarle su intervención, éste decidiera renunciar o no aceptar el encargo. Por tanto no se busca que un sujeto concreto sea el elegido para

³³⁶ Cf. DI SILVESTRE, A.V., MAIZ, M Y SOTO, C.D., *Instituciones de Derecho Procesal Civil para Peritos*, Santa Fé, 1997, p. 153.

³³⁷ Cf. PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso...* o.c., p. 52.

³³⁸ Cf. DI SILVESTRE, A.V., MAIZ, M Y SOTO, C.D., *Instituciones de Derecho Procesal...* o.c., p. 152.

realizar el peritaje sino cualquiera que posea unos conocimientos sobre los que pueda emitir un juicio o valoración. Sin embargo, en el caso del testigo, de faltar éste no se puede afirmar que pueda ser sustituido por otro, dado que sólo él puede dar razón de los conocimientos adquiridos a través de los sentidos.

En relación al modo de referir los hechos, en el caso del perito opera la objetividad desde la valoración técnica que haga de los mismos, mientras que en el caso del testigo el corte subjetivo en el relato de los hechos se hace más patente. Y sobre la forma de adquirir la información, es cierto que en el caso del perito no se analiza por parte del juez qué métodos fueron utilizados para llegar a esas conclusiones –aunque sí es verdad que podría informarse sobre ello–, pero en el caso del testigo, el juez va a solicitar del testigo que explique el origen de esa información como un modo de constatar la veracidad de los datos y la credibilidad del sujeto que los presenta ante el Tribunal (cf. art. 379.3 LEC).

Sobre la obligación de intervenir o no, también encontramos una diferencia clara entre el perito y el testigo, pues el primero interviene voluntariamente, bien porque lo contraten las partes o soliciten al Juez que lo nombre de entre aquellos que están inscritos voluntariamente en el listado que el Colegio de Peritos facilita al Juzgado, mientras que la presencia del testigo que es llamado a declarar a propuesta de alguna de las partes es ineludible y forzosa.

La forma en que se transmite la información de unos datos o sobre unos hechos también difiere en uno y en otro, pues el perito interviene por medio de un dictamen que se presenta por escrito –si bien puede intervenir posteriormente ante el juez de forma oral para aclarar alguna cuestión–, mientras que el testigo sólo declara oralmente según lo dispuesto en el art. 370.2 LEC: *“El testigo responderá por sí mismo, de palabra, sin valerse de ningún borrador de respuestas”*.

Tampoco en la remuneración encontramos que ambas figuras se asemejen, pues al perito se le abonan unos honorarios como profesional que presta unos servicios, mientras que por parte del testigo se entiende su participación como un deber inexcusable del que tan sólo puede derivarse la solicitud de una indemnización por los perjuicios y los gastos que le haya ocasionado su intervención (art. 375 LEC).

Por último, la responsabilidad del perito y del testigo podría ser civil o penal pero nunca el testigo podría incurrir en responsabilidad disciplinaria, pues no se debe a

ninguna normativa deontológica correspondiente a una profesión concreta, algo que sí ocurre, por el contrario, en el supuesto de la intervención del perito. Asimismo, en relación a los instrumentos para evitar que se comprometa la imparcialidad del perito y del testigo, sólo para el perito existe un doble mecanismo que garantiza una integridad y honradez en su cometido, como son las tachas y la recusación (cf. art. 343 LEC) mientras que para el testigo tan sólo están previstas las tachas (art. 377 LEC).

En el ámbito canónico la diferenciación entre el perito y el testigo es bastante clara y se pronuncia casi en los mismos términos en los que lo hace la legislación procesal civil. Y aunque se reconoce que ambos traen al proceso conocimientos sobre el hecho controvertido, cada uno lo hace desde su particular perspectiva. Así pues, queda patente que el conocimiento del testigo proviene de aquello que ha visto u oído o puede manifestar su opinión o lo que es sentir común o incluso haya podido escuchar a otros (cf. c. 1572 CIC y art. 201 DC). También, se da por supuesto, por la redacción del c. 1563 CIC, que el testigo guarda alguna relación con las partes (personal o familiar³³⁹, amistad o profesional) de manera que su objetividad pueda quedar mermada (aunque no por ello se le ha de restar credibilidad). Por ello, el juez deberá averiguar cuáles son las fuentes de su conocimiento y en qué momento concreto se enteró de aquello que afirma. En el caso del perito, pues, no hay razón alguna que lleve a investigar sobre su formación o la veracidad y profesionalidad de sus conclusiones dado que directamente es un especialista recomendado en el Tribunal o sus dictámenes han sido incorporados a las actas del proceso por parte del juez por considerarlos dignos de ser tenidos en cuenta.

En la forma de practicar el interrogatorio en cuanto a la expresión de los hechos por parte de los testigos también prima el testimonio oral, de manera que no deberán leer escritos salvo que se trate de cálculos o cuentas que deban consultar en las oportunas anotaciones (c. 1566 CIC).

También se reconoce la posibilidad de excluir a los testigos aunque no se especifica ninguna causa para su exclusión. Bastará, conforme al c. 1555, CIC que se haga antes de su interrogatorio si hay justa causa para ello. Pero también cabría reprobar al testigo antes de la publicación de los testimonios, siempre que no se pudiera notificar

³³⁹ En la actual regulación del Código de Derecho Canónico, ya no se impide que los cónyuges y consanguíneos sean incapaces de testificar, algo que sí estaba prohibido en el CIC' 17.

a la partes los nombres de los testigos antes de su interrogatorio según indica el c. 1554 CIC.

Por último, una de las características que sí evidencian la distancia entre estas dos figuras es el tema de la remuneración³⁴⁰, pues al perito se le abonará lo que corresponda por sus honorarios profesionales, mientras que al testigo no se le retribuirá por su declaración. Cosa distinta es que se admita la posibilidad de que, mediando una justa tasación del juez, se reembolsen al testigo, como algo extraordinario, *“tanto los gastos que no hayan hecho como los ingresos no percibidos con motivo del testimonio dado”* (c. 1571 CIC).

3.1.2. El perito y el testigo-perito

Esta figura, que se presenta con un parecido cercano al perito, viene regulada en el art. 370.4 LEC al mencionar el supuesto del testigo que *“posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio”*, en cuyo caso *“el Tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos”*. Pues bien, en este caso las diferencias para con el perito se van a presentar en el mismo sentido que lo eran para el testigo sin más. El origen del conocimiento en el perito y en el testigo-perito sigue siendo diferente, recalando la percepción directa de los hechos por parte del testigo-perito independientemente de los conocimientos técnicos que pudiera tener y siempre con anterioridad al juicio, al igual que el interés que suscita para el proceso, que sigue siendo en virtud de los datos o la información que posee de esa percepción directa de los hechos³⁴¹.

Y para no redundar en el resto de diferencias más relevantes que se repiten en la línea que lo hacían para el testigo, tan sólo nos referiremos al carácter o al valor que se da a los conocimientos que aporta el perito o el testigo perito. En el caso del perito, el dictamen realizado por escrito con carácter previo al juicio o presentado en el mismo acto del juicio se considera prueba pericial, no así los conocimientos técnicos que aporte el testigo-perito que se encuadran en el valor probatorio otorgado a la prueba testifical.

³⁴⁰ En el caso de los peritos y conforme establece el c. 1580 CIC, se hará efectiva la remuneración mediante el pago de *“los gastos y honorarios que con equidad determine el juez, observando el derecho particular”*.

³⁴¹ Cf. PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso...* o.c., pp. 54-55.

Debemos señalar que esta figura no se contempla en el CIC aunque, haciendo una interpretación extensiva del c. 1572 CIC, podríamos entender que se podría acoger a este precepto si tenemos en cuenta que la persona que es interrogada puede declarar de lo que ha visto u oído, manifestar su opinión, o lo que es sentir común o ha oído a otros. No es tan extraño llevar esta hipótesis a un supuesto real concreto, donde un médico psiquiatra que ha realizado el seguimiento de un paciente durante bastante tiempo elabora un informe sobre la historia clínica de ese paciente que le entrega para que a su vez el sujeto lo presente como prueba documental. Nada obstaría para que se solicitara al Psiquiatra que se personase para declarar sobre lo que ha visto y deducido sobre la evolución del paciente a lo largo de las consultas pertinentes, relatando unos hechos y haciendo al mismo tiempo una valoración técnica sobre los mismos a la vez que los pone de manifiesto ante el tribunal. Ciertamente, dependiendo de lo que se pretenda probar y del tiempo en el que suceden los hechos, podemos estar ante el supuesto, incluso, de un testigo cualificado que depone sobre aquello que ha realizado por razón de su oficio (cf. c. 1573 CIC)³⁴².

Aun así, a pesar de que se pudiera admitir esta figura intermedia entre el testigo y el perito, la calificación de “perito” le vendría únicamente por su carácter de experto pero no por su cometido en el proceso como responsable último de lo que constituye propiamente una prueba, pues esto correspondería, sin duda, a quien llamado por las partes o por el juez, interviene *ex profeso* para evaluar una situación o unos hechos que hasta el momento de su aparición le fueron completamente ajenos.

3.1.3. El perito y los técnicos o prácticos en la materia

El art. 353.2 LEC contempla la posibilidad de que para el reconocimiento judicial, la parte pueda concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia. En este caso, la diferencia con el perito se hace más patente porque su intervención es prácticamente accesoria sin que tenga una repercusión relevante en el

³⁴² La redacción del canon 1573 CIC resulta curiosa teniendo en cuenta que aunque se recuerda que la declaración de un solo testigo no tiene fuerza probatoria plena, se añade como excepción no sólo que declare sobre lo que “*ha realizado en razón de su oficio*”, sino también, podrá ser evaluado su testimonio por “*las circunstancias objetivas o subjetivas*” que pudieran persuadir de otra cosa, lo que da a entender que por encima de la precariedad en la presentación de testigos, si uno sólo se muestra suficiente por la excelencia de las condiciones subjetivas del perito que viene a declarar con exactitud, coherencia y verosimilitud, no hay razón alguna para restarle valor probatorio (cf. GARCÍA MATAMORO, L.A., Com. c.1573, en: PROFESORES DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico*, Madrid, 2014, p. 910).

proceso. En primer lugar, la intervención de esta persona técnica no necesita de un procedimiento de designación como sí ocurre en el caso del perito, de manera que sólo con anunciar que se personará en el acto de reconocimiento judicial por la parte que estuviera interesada es suficiente³⁴³. Por tanto, vemos claramente que su entrada en el proceso es puntual como un consultor técnico de la parte que estima conveniente que participe en el reconocimiento judicial. En segundo lugar, que se trate de una persona especializada en la materia por su formación técnica o práctica no implica que deba elaborar un dictamen, de modo que las observaciones que pudiera hacer oralmente serán recogidas por escrito en el acta del reconocimiento judicial tal y como prevé el art. 358. 1 LEC.

Pero la muestra más clara de que la intervención de este técnico en la materia no resulta tan vinculante y se admite con un peso muy relativo es que no existe ningún mecanismo para controlar su imparcialidad, de manera que su opinión se añadirá a las conclusiones que el Juez haya podido obtener de su apreciación directa de los hechos con una valoración acorde a la naturaleza de esta intervención. El hecho de que se sumen a las valoraciones del juez no le compromete para que las deba considerar.

En el ordenamiento canónico no se contempla ninguna figura similar, pero sí es verdad que destaca una figura, la del perito privado que pueden designar libremente las partes para que les asesoren y que necesitan la aprobación del juez. Su actividad queda restringida a la posibilidad de ver las actas de la causa y asistir a la realización de la pericia con opción a presentar su propio dictamen. Ahora bien, de ninguna manera se les va a permitir que estén presentes en el examen judicial de los peritos públicos o conocer sus informes³⁴⁴. Por eso, si tuviéramos que buscar una figura paralela más o menos común a ambos ordenamientos esta podría ser la que posiblemente mejor encajara en los presupuestos destacados con las reservas y límites descritos.

No obstante, el hecho de que se les pueda permitir entregar un informe por escrito, al igual que los peritos, hace que su intervención pueda contar con una

³⁴³ Cf. PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso...* o.c., p. 55.

³⁴⁴ Para preservar la imparcialidad del Juez designado judicialmente y dotarle de cierta autonomía a la hora de emitir su dictamen y explicarlo en sede judicial, se restringen para el perito privado estas facultades mencionadas en orden a evitar cualquier tipo de interferencia o llegarle a equiparar con el perito nombrado por el Tribunal. (Cf. PONTIFICIA COMMISSIO CODICIS IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO “Acta commissionis – Coetus de processibus”, en: *Communicationes* 11 (1979) 124, c. 233 bis).

consistencia aún mayor que los meros apuntes de sus intervenciones por parte del Secretario Judicial en el reconocimiento judicial del proceso civil. Además, este técnico o práctico en la materia tiene una intervención muy limitada si la comparamos con la del perito privado, que aún con las limitaciones anteriormente referidas, puede auxiliar a las partes con sus propias aportaciones en la práctica coetánea de la pericia judicial.

No cabe, por tanto, encontrar una similitud cierta en este aspecto, y tampoco resulta de utilidad para el proceso canónico de nulidad matrimonial tal y como está concebido.

3.2. El sujeto pasivo de la pericia en los procesos de familia

Conforme al art. 336 LEC, las partes que presentan los dictámenes elaborados por peritos son denominados litigantes, aunando en este término la expresión tanto de la acción principal y reconvencional como también la que corresponde al demandado. Y es que no se distingue entre ambas posiciones, permitiendo que todos ellos puedan aportar junto con sus alegaciones los dictámenes de los peritos que ellos hubieran elegido. Por tanto, se considera una carga de los litigantes que ponderen la necesidad de reunir uno o varios dictámenes periciales, en relación a una única materia o varias con la intención de que se valoren hechos o circunstancias relevantes en el asunto o para adquirir certeza sobre ellos conforme establece el ya mencionado art. 335 LEC³⁴⁵.

Ahora bien, descendiendo al tema que nos ocupa y centrándonos en los procesos de familia, los que litigan podrán ser al mismo tiempo sujetos sobre los que recaiga la pericia u otros más allegados a ellos, como ocurre con los hijos, los principales receptores y destinatarios de las medidas adoptadas en este tipo de procesos. Por eso, vamos a analizar el por qué los cónyuges y los menores podrían ser susceptibles de ser examinados y para qué serviría la pericia realizada sobre ellos.

3.2.1. Los cónyuges

A partir del art. 769 LEC y siguientes, en todo lo relacionado con los procesos matrimoniales y de menores, el texto normativo tendrá por protagonistas en este tipo de procesos a los cónyuges, en todo aquello que verse sobre la determinación del estado

³⁴⁵ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Psicología del testimonio y prueba pericial*, 2005, p.131.

civil de las partes, la situación económica resultante y la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores con la correspondiente pensión alimenticia si fuera oportuno fijarla.

Para la disolución del vínculo en los procesos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, iniciado por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro o tramitado de forma contenciosa, el ordenamiento civil no requiere actualmente que se pruebe ninguna causa concreta que justifique la ruptura del matrimonio. Por eso, civilmente no tiene ningún sentido proponer la prueba pericial si se trata de poner fin al estado matrimonial. Ahora bien, ya hemos advertido que en el momento en que hubiera hijos nacidos de esa unión la prueba pericial cobrará importancia, porque las decisiones que recaigan en los menores habrán de ser supervisadas por el Ministerio Fiscal amén de oír a los propios menores si tuvieran suficiente juicio y cuando se estime necesario y los especialistas podrán intervenir para examinar a los progenitores y a los menores a efectos de informar al Juzgado sobre la situación más deseable para estos últimos.

Interesa, por tanto, delimitar en qué sentido importa una pericia sobre los cónyuges y qué finalidad puede tener la misma. Así pues, en el ámbito de la atribución de la guarda y custodia de los hijos podrá interesar a efectos de constatar la salud psíquica de los progenitores y cómo esto podría repercutir en la actividad diaria con los menores. Si se aprecia que alguno de ellos pudiera tener un comportamiento poco apropiado o responsable, si manifestaran carencias humanas y sociales importantes o el padecimiento incluso de algún tipo de enfermedad mental, todo esto podría tener una clara incidencia a la hora de limitar el grado de participación en la tenencia y educación de los hijos.

De hecho, en muchas ocasiones se aprecia, incluso, no sólo una mala gestión del conflicto entre los cónyuges a la hora de poner fin a la convivencia matrimonial, sino que llegan a incluir a los hijos en su crisis matrimonial³⁴⁶, convirtiéndoles en víctimas de sus propias inseguridades y miserias e incluso culpándoles de sus propios errores. Esto desencadena que se produzca una relación disfuncional con uno de los padres y en contra del otro o que simplemente, no reconozca la autoridad de uno de ellos. Se produce, por tanto, una enajenación parental provocada por uno de los cónyuges para obstaculizar la relación del niño para con la otra figura o canalizando sus propios

³⁴⁶ Cf. BUCHANAN, C.M., MACCOBY, E.E., DORNBUSCH, S.M., *Adolescents after divorce*. Cambridge, 1996, p. 230.

sentimientos y frustraciones para dirigirse hacia su expareja en un lenguaje destructivo, impidiendo así que se desarrolle una relación normal entre los hijos y los dos progenitores.

La problemática que se crea en las relaciones familiares puede ser, por tanto, muy variada y puede llegar a presentar rasgos de cierta violencia que pueden terminar repercutiendo, con el tiempo, en el desarrollo normal del menor. Esto justifica, pues, que sea tan importante anticiparse a estos efectos o si se encuentran ya presentes, intentar frenarlos y combatirlos con la ayuda de especialistas. Por eso, en el ámbito civil sólo para estos casos mencionados los menores adquieren el principal protagonismo y, por tanto, cabe emplear la prueba pericial.

En el ámbito canónico, sin embargo, los cónyuges se convierten en el foco de atención principal, pues la decisión final del proceso matrimonial canónico va intrínsecamente ligada a declarar la validez o no del consorcio matrimonial, esto es, a verificar si hubo o no verdadero matrimonio con las correspondientes consecuencias sobre el estado civil de los esposos. Porque lo primordial es preservar el vínculo matrimonial surgido de la inseparabilidad del pacto conyugal y el sacramento entre bautizados³⁴⁷ y defender su validez por encima de cualquier mera suposición o deseo hasta que no consten evidencias de lo contrario. Por eso, en las causas sobre impotencia o alguna de las incapacidades mencionadas en el c. 1095 CIC, siempre se va a recurrir a la prueba pericial y también en otros supuestos que pudieran recomendar su práctica. En todo caso, será uno o ambos cónyuges los que se sometan a la pericia, consistiendo, en su forma ordinaria, en el examen directo sobre el sujeto periciando y en su forma extraordinaria, cuando no sea posible esta entrevista, por medio de un estudio de las actas o de la entrevista al otro cónyuge.

Comprobamos, pues, cómo los cónyuges pueden ser objeto de pericia en ambas jurisdicciones pero con una finalidad distinta.

³⁴⁷ Cf. NAVARRETE, U., *Derecho matrimonial canónico. Evolución a la luz del Concilio Vaticano II*, Madrid, 2007, p. 1169.

3.2.2. Intervención de los menores como sujetos del informe pericial

Para concluir este capítulo, creemos necesario hacer una referencia a la intervención de los menores en el proceso como destinatarios de una evaluación o examen pericial, destacando en cuál de los dos ordenamientos sometidos a estudio tiene mayor cabida. Analizaremos, pues, la importancia de que gozan en el proceso civil para una mayor protección y salvaguarda de sus intereses, pues las consecuencias de estos procesos convergen irremediabilmente en los hijos menores, algo que pasa totalmente desapercibido en el ámbito canónico, donde la declaración de nulidad no afecta a la prole surgida de esa unión ni tampoco su participación en el proceso, generalmente, va a ser relevante simplemente en base a la naturaleza del pleito.

a) La exploración del menor en los procesos matrimoniales civiles

La legislación civil toma como referencia la capacidad de obrar como elemento determinante de la madurez que debe poseer el menor para ser oído en aquellos asuntos en los que él esté implicado o posea un interés directo. La edad, por tanto, junto con la capacidad, es lo que define la madurez del sujeto, si bien es verdad que en ciertos casos y en determinados sujetos, la edad puede informar negativamente y no ajustarse a lo que en realidad debería ser.

Distinguimos, por tanto, la capacidad jurídica del menor, como esa capacidad para ser titular de derechos inherentes a la persona; y también, por otro lado, la capacidad de obrar o la aptitud para poder ejercitarlos. Conviene recordar aquí que la capacidad de obrar del menor, generalmente, se encuentra apoyada o guiada, de algún modo, por la representación legal del mismo. Aunque, obviamente, esto no implica una suplantación del representante legal para con el menor en los asuntos que a éste le incumbieran, sino un complemento para dotar a esa capacidad de obrar de plena eficacia y efectividad.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales... sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos, se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia... cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de*

obrar”³⁴⁸. Aunque también es lógico apuntar que, aunque se ha de tener siempre presente el interés superior del menor (si existiera conflicto entre éste y sus representantes), esto no supone que sea único o exclusivo, y por tanto que no deje lugar a la intervención de los adultos.

Como bien dispone el Código Civil, el ejercicio de la patria potestad siempre debe hacerse en beneficio de los hijos y con el convencimiento de estar ejerciendo y desempeñando la obligación de representarlos y velar por sus intereses. Por eso tampoco se puede considerar que la representación legal sea ilimitada, pues como establece el art. 162, 1º CC., siempre quedarán “*los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*”. Todas las exigencias legales deberán concretarse, por tanto, valorando la capacidad de compromiso del menor y, si fuera el caso, la incidencia de la emancipación.

En virtud del tan proclamado derecho a la tutela judicial efectiva y consagrado en el art. 24 CE, también el menor tiene derecho a ser oído en aquellos procesos que le afecten, concretamente, aquellos de carácter matrimonial. La vulneración de este derecho ha tenido bastante eco en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, concretamente en la STC 152/2005, de 6 de junio³⁴⁹, admitiendo el recurso de amparo de un padre contra una sentencia de la Audiencia Provincial al considerar que se había producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del menor al no haberle concedido audiencia.

Antes de referirnos a la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica la normativa sobre separación y divorcio, debemos acudir a los diferentes textos normativos donde se evidencia el tratamiento de esta cuestión. Así pues, en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, bajo el epígrafe “*Derecho a ser oído*” –donde se acuerdan una serie de garantías para que se efectúe este trámite–, se

³⁴⁸ STC 141/2000, de 29 de Mayo (BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000).

³⁴⁹ STC 152/2005, de 6 de junio (BOE núm. 162, de 8 de julio de 2005). Junto a esta sentencia, existen otras que se han pronunciado en la misma línea sobre situaciones muy similares y casi idénticas: cf. STC 221/2002, de 25 de noviembre (BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002); 71/2004, de 19 de abril (BOE núm. 120, de 18 de mayo de 2004); STC 17/2006, de 30 de enero (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2006); 22/2008, de 31 de enero (BOE núm. 52, de 29 de febrero de 2008); 163/2009, de 29 de junio (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2009).

reconoce que “*el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*” y en todo caso, de manera que las comparecencias se realicen “*de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad*”. Igualmente, el art. 770.4ª LEC contempla ya no sólo la posibilidad, sino la obligación de oír a los hijos menores o incapacitados “*si tuviesen suficiente juicio, y en todo caso, a los mayores de doce años*” en aquellos procesos contenciosos en que fuera necesario.

Más adelante, el art. 777.5 LEC menciona también esta posibilidad de oír a los menores aún tratándose de procesos de separación y divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, cuando se estime igualmente necesario “*de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor*”, y en este caso, además, se matiza que a los mayores de doce años siempre se les habrá de dar audiencia. Al respecto, hay que decir que esta audiencia o exploración de lo menores debe restringirse a los casos en los que realmente sea necesaria su práctica, para evitar así que determinadas personas puedan influir sobre los menores y manipularlos y, por la misma razón, para evitar que pueda surgir o agravarse los conflictos paterno-filiales³⁵⁰.

En este sentido, la Ley 15/2005 introduce una serie de modificaciones que tendrá relevancia en cuanto al régimen del derecho del menor a ser oído en los procesos matrimoniales. Conforme al art. 92.6 del Código Civil, se establece que, “*antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor (...)*”. La edad en la que se suele situar el suficiente juicio gira en torno a los diez u once años, siendo esta la práctica común en los Tribunales, de manera que por debajo de esta edad se recurre al informe de los equipos técnicos o los gabinetes psicosociales que se encuentran adscritos al juzgado para que enuncien las razones que estimen oportunas sobre la “*idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores*” y cuando el órgano judicial considera que el menor tiene juicio suficiente, procederá a darle audiencia. Por tanto, dependerá del juez

³⁵⁰ Cf. CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Madrid, 2009, p. 125.

que estime su comparecencia sirviéndose del criterio sobre la posesión de madurez y juicio suficientes³⁵¹.

Por tanto, de lo dicho hasta ahora se desprende una conclusión, y es que en los supuestos de nulidad, separación y divorcio, si los hijos son mayores de doce años siempre serán escuchados por el órgano judicial, independientemente de que estemos ante un proceso contencioso o de mutuo acuerdo, mientras que si los menores tienen menos de doce años, dependerá del juez que estime su comparecencia sirviéndose del criterio sobre la posesión de madurez y juicio suficientes³⁵².

Sobre la forma en que se ha de proceder para llevar a cabo el trámite de la audiencia, el art. 51 Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial es muy directo: *“La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”*. Se pretende, por tanto, que los menores no se sientan abrumados ni presionados psicológicamente por la presencia de otros sujetos que pudieran, incluso, condicionar su declaración por miedo o vergüenza. Junto a este precepto, también el art. 770 LEC concreta cómo debe realizarse la exploración de los menores, prescribiendo que el Juez garantice *“que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”*. Este recurso a los especialistas sugiere que,

³⁵¹ Ocurre en este punto que si el menor solicitara ser escuchado y el órgano judicial se lo deniega, bien porque no llega a los doce años o porque considera que carece de madurez suficiente, éste debe denegar la audiencia motivando su decisión, todo ello a tenor de lo dispuesto en el art. 9.3. Ley Orgánica de protección jurídica del menor. Si la audiencia del menor no fuera preceptiva (supuestos de procesos matrimoniales de mutuo acuerdo), el juez no tiene por qué resolver motivadamente sobre la denegación de la misma y de igual manera se exime al juez de esta motivación si se tratara de menores de doce años que no tengan suficiente juicio. Por eso, dependerá de si es el menor quien lo solicita o alguna de las personas a las que la ley reconoce legitimidad para hacerlo (Cf. MARÍN LÓPEZ, M.J., “La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de la separación y el divorcio”, en: *Derecho Privado y Constitución*, n. 23, enero-diciembre (2009), p. 257).

³⁵² No obstante, cabe destacar que parte de la doctrina ha señalado que no todo menor de dieciocho años (y por lo tanto mayor de doce) tiene derecho a ser oído, sino solo aquellos que demostraran tener un juicio suficiente (Cf. LINACERO DE LA FUENTE, M.A., *Protección jurídica del menor*, Madrid, 2001, p. 141; ALONSO PÉREZ, M., “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, en: *Actualidad Civil*, 1 (1997) p. 26).

aunque estemos hablando en términos de facilitar la declaración del menor e interpretar sus gestos y palabras para que sean mejor comprendidos por el órgano judicial, posteriormente, aunque sea de forma verbal, el juez requiera a los especialistas su opinión o una valoración de conjunto de lo que hubieran presenciado.

Una vez presentado el trámite de audiencia del menor, conviene abordar cómo éste se convierte en sujeto de exploración por parte del juez con la colaboración de los Equipos Técnicos Judiciales. De hecho, si retomamos la redacción del art. 92 CC en su apartado 9º, vemos cómo se admite que *“el Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados”* en aquellos extremos que constituyan el objeto de la discusión y que necesiten de unos conocimientos técnicos, con lo que está constatando que en la exploración de menores intervienen los miembros del Equipo Técnico Judicial³⁵³. Ahora bien, hay que aclarar que se deduce del precepto una labor meramente auxiliar por parte del Equipo Técnico para ayudar al Juez a interpretar aquello que manifieste el menor y así, indirectamente, proteger su interés, aunque, como ya señalábamos en el párrafo anterior, resulta bastante lógico que el Juez se apoye en ellos para obtener una colaboración más inmediata. Incluso, nada obstaría para que esta comparecencia sirviera de base, junto a otras muestras y exámenes realizados al menor, para sustanciar la elaboración de un posterior dictamen realizado por esos expertos.

La exploración, por tanto, viene a ser considerada un reconocimiento judicial que lleva a cabo el juez ayudado por el Equipo Técnico Judicial si lo considera necesario y oportuno. Desde luego, hay que tener presente que las condiciones han de ser muy diferentes a las previstas en caso de que se tratara de un adulto, comenzando por establecer que la práctica del reconocimiento tenga lugar en el despacho del juez y no en la Sala del Tribunal para mostrar una apariencia más cercana e informal y que no se realice en presencia de las partes intervinientes en el proceso, mucho menos de los progenitores ante los que el menor podría sentirse cohibido. Se reafirma, por tanto, la necesidad de que personas con ciertas nociones de cómo percibirán los menores esta situación y con un notable grado de conocimiento en psicología infantil y adolescente intervengan para suavizar y mitigar los efectos de su comparecencia en el juzgado, que

³⁵³ Cf. PÉREZ DAUDÍ, V., “La intervención de especialistas ...o.c.”, p. 157.

unido a la experiencia del conflicto familiar en el que se encuentran inmersos, pueden ocasionarles ciertos traumas³⁵⁴.

De la lectura de los preceptos normativos de la LEC encontramos el art. 355 como aquél que puede dar cobertura a la exploración del menor completado por la disposición del art. 770.4 LEC. Uno y otro, además, se pueden integrar con el art. 356 LEC, que prevé la concurrencia del reconocimiento judicial y el pericial, de manera que el perito hará las valoraciones que correspondan y el Equipo Técnico Judicial simplemente le ayudará a interpretar la declaración del menor, todo ello en presencia del juez³⁵⁵, tal y como se exige en el art. 137 LEC en relación a la presencial del juez en declaraciones, pruebas y vistas³⁵⁶. En ningún caso, ni la labor del Equipo Técnico ni la del Perito conllevarán una intervención decisoria sobre las medidas a adoptar, algo que le corresponde exclusivamente al juez.

³⁵⁴ Un ejemplo de cómo se puede contribuir a apoyar emocionalmente a los menores que tienen que declarar y que nos parece interesante consignarlo a modo de anécdota, lo encontramos en el empleo por parte de un Juzgado de Familia de Santiago de Chile, de un perro labrador hembra (una de las razas utilizadas para los perros-guía de los invidentes) al que utilizan como un “asistente judicial” para descargar la tensión de los menores cuando se encuentran en los juzgados para ser oídos por el juez o para entrevistarse con el psicólogo. El acompañamiento de este animal de compañía desde que el menor llega al juzgado, en el antes y el después de su sesión ante el juez, no sólo le ofrece confianza sino que permite que interaccione mejor con las diversas personas con las que tendrá que hablar y admita sin ningún problema que ha de entrar solo en la sala y sentarse frente a un juez con su amigo canino recién conocido a su lado. Este experimento dentro del Programa de Asistencia Judicial de la Corporación *Bocalan Confiar* con otros perros y en otros tribunales del país se ha tornado en una rutina que está aportando grandes beneficios a la actividad jurisdiccional cuando existen menores de por medio, consiguiendo que éstos se encuentren más relajados y por tanto, puedan responder con sinceridad a todo cuanto les pregunten con un testimonio más tranquilo, completo y detallado (cf. <http://www.lasegunda.com/Noticias/Impreso/2014/08/955388/caso-oreilly-ninas-declaran-en-sala-especial-y-con-perro-asistente> // <http://www.paula.cl/reportaje/el-perro-que-es-asistente-judicial/>, consultado el 3 de mayo de 2015).

³⁵⁵ Al respecto encontramos una STC 163/2009, de 29 de junio (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2009), denegando el amparo en un supuesto en el que ni el Juzgado ni tampoco la Audiencia Provincial llevaron a cabo la exploración del menor apoyándose en que ya la había realizado el Equipo Técnico Judicial. Ahora bien, entendemos que este fallo no puede considerarse una regla general y que el mismo no viene a legitimar esta práctica en los tribunales, sino que atenderá al caso concreto valorando en el conjunto si realmente se produjo la indefensión y la vulneración del art. 24.2 CE.

³⁵⁶ Conforme a este art. 137 LEC, los jueces deben presenciar el elenco de actuaciones que se citan de manera ordenada y que responden a la actividad probatoria: “*declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente*”. La imperatividad de la norma es tal que su infracción determina “*la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones*” (art. 137.4 LEC).

Como en el proceso de familia convergen intereses a veces enfrentados de un componente altamente emocional y sentimental, es innegable que deban intervenir Psicólogos en calidad de peritos y por tanto éstos deban examinar también a los menores y emitir el correspondiente dictamen pericial³⁵⁷. Recordemos, pues, que los menores forman parte de una unidad familiar en la que no sólo importa garantizar a los progenitores que se seguirá un procedimiento con todas las garantías que otorga el Derecho sino que se habrá de conceder mayor relevancia al derecho del menor, al que deben supeditarse las expectativas e intereses particulares de los progenitores en todo proceso matrimonial.

b) Tratamiento de los menores en el ámbito procesal canónico

A la hora de practicar las pruebas, sobre todo en lo que a la testifical se refiere, el Código de Derecho Canónico recoge en su c. 1679 que *“para valorar las declaraciones de las partes de acuerdo con el c. 1536, el juez ha de requerir, si es posible, testigos que declaren acerca de la credibilidad de las partes; y usará también otros indicios y adminículos”*³⁵⁸.

El elemento testifical, por tanto, es una constante que se hace presente en todo acontecimiento que reviste cierta relevancia social, como sucede en el matrimonio. Por eso, el testimonio de los sujetos que presencian un acto o las circunstancias que lo

³⁵⁷ Cf. SAP Murcia 144/2006, de 6 de abril (Roj SAP MU 893/2006). Aquí el informe pericial psicológico resultante del examen de los menores acredita que mantienen una relación afectiva mejor para con el padre, unido a que también los menores manifiestan querer vivir con él.

³⁵⁸ Aunque el proceso canónico de nulidad matrimonial constituye un asunto privado entre las partes, se considera también que afecta al bien público de la sociedad eclesial. De hecho, en el ámbito sacramental, los contrayentes se consideran ministros del matrimonio, quienes prestan su consentimiento ante un ministro cualificado que es el sacerdote, diácono e incluso ante un laico habilitado para ello. El ministro cualificado únicamente recibe el consentimiento en nombre de la Iglesia y le confiere publicidad en el momento en que extiende el correspondiente acta que constata la celebración de dicho matrimonio. Existe la posibilidad de mantener en secreto el matrimonio celebrado siempre que exista una causa urgente y grave y el ordinario permita que el mismo carezca de publicidad sociológica. Asimismo, este secreto se extiende a las formalidades previas a su celebración así como a su inscripción en un libro especial. Independientemente de cómo sea la legislación de cada país en relación al reconocimiento o no de efectos civiles al matrimonio celebrado en forma canónica, el acta constituye un instrumento que otorga credibilidad a la nueva realidad jurídica para que así conste en el registro particular e interno de la Iglesia Católica o, incluso, para que dicho documento sea presentado ante un organismo civil para desplegar idénticos y plenos efectos en esta jurisdicción. En este último caso, también en el Registro Civil correspondiente se recogería este hecho practicando la anotación que proceda en los libros correspondientes.

rodean va a constituir una prueba a la hora de apoyar o refutar un determinado argumento a favor o en contra de una pretensión.

En este apartado consideramos oportuno abordar cómo opera la prueba testifical para los menores y cómo lo trata el ordenamiento jurídico canónico. Quizás, las reservas que encontramos para aceptar que los menores sean interrogados en la sede del Tribunal o incluso que sean examinados o entrevistados por el mismo experto o especialista que lo hará con los interesados en la causa (generalmente sus progenitores) no se encuentran suficientemente fundamentadas porque se ha prescindido directamente de la necesidad de recurrir a su testimonio, colocándolos fuera de la mera posibilidad. Esto, sin duda, se hace extensible, por ausencia de alusión normativa, a la práctica de la prueba pericial sobre menores.

No debemos olvidar que la prueba testifical reviste gran importancia tanto si la consideramos aislada como si constituye un elemento de base para una valoración posterior o para introducir indicios que han de resolverse examinando varios aspectos en su conjunto.

La prescripción del c. 1550 §1 CIC, sobre la no admisión, como testigos, de los menores de catorce años³⁵⁹ (haciéndolo extensible también a los débiles mentales) no impone su exclusión total como testigos en el proceso, prohibiendo definitivamente su admisión, sino que el tenor de la redacción del canon se orienta más bien en la línea de desaconsejarlo. A pesar de esta advertencia, se asume en el propio precepto que los menores puedan ser oídos si el juez, por decreto, manifiesta que es conveniente. Por eso, analizando este precepto y profundizando en su lectura y significado, destacamos un sentido un tanto irracional y absurdo que vale la pena comentar.

Examinando el c. 1550 §1 CIC, nos damos cuenta de que si es el juez quien debe considerar la oportunidad o no de presentar un determinado número de testigos, y más concretamente quien debe manifestar la conveniencia de admitir como testigos a los menores de catorce años, de nada sirve que el canon pretenda eliminar esta posibilidad o descartarla por considerarla improcedente. De hecho, que no sea algo habitual o

³⁵⁹ En la Codificación anterior de 1917 se consideraba a los menores como testigos “no idóneos” (cf. art. 1757 §1 CIC’17), refiriéndose en este caso a los impúberes. Sólo se consideraba idóneo al que encontrándose en tiempo de la pubertad, deponía sobre cuestiones que aprendió o presencié siendo aún impúber (Cf. CABREROS DE ANTA, M., Com. c.1757 §1, en: MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, L., ET ALI., *Código de Derecho Canónico (1917) y legislación complementaria*, Madrid, 2009, vol. 3, p. 678).

frecuente no significa que sea imposible³⁶⁰. Como tampoco es correcto pensar que por las características de la edad propia en la que se encuentra el menor y la forma de percibir la realidad, su declaración puede ser poco fiable, alegando esto para prescindir directamente de él o de su testimonio. Es cierto, como se ha apuntado por parte de la doctrina, que los menores pueden ser más sugestionables, desarrollar una mayor imaginación a la hora de explicar una realidad o poseer una menor discreción mental³⁶¹. En todo caso, pese a las recomendaciones que hace la jurisprudencia rotal para que se valoren con suma prudencia sus testimonios³⁶², no se excluye del todo su admisión.

Además, nos parece relevante apuntar, por considerarlo digno de tener en cuenta, que al mayor de 14 años sí se le va a permitir testificar sobre hechos que conociera antes de cumplir esa edad, pero siempre con la cautela casi idéntica a la prevista para los menores de 14 años, en cuanto que lo que conoció se encontraba bajo el influjo de su falta de capacidad para discernir. A pesar de defender que siempre existen excepciones a la regla general, también advertimos de que, en la franja de los 14 a los 16 años, los menores se encuentran, además, en una etapa tan compleja e inestable como es la adolescencia, pudiendo percibir la realidad con mucha susceptibilidad y desconfianza y describirla de forma alterada y algo distorsionada, sobre todo en lo que a emociones y sentimientos se refiere.

Ciertamente, hay que reconocer que si en torno a los 7 años se presupone la edad de la discreción³⁶³, antes de esta edad no se puede plantear un testimonio desde el

³⁶⁰ En parte, esto se debe a que es común en los procesos matrimoniales tramitados ante la jurisdicción eclesiástica, que las partes interesadas en impugnar la validez del vínculo matrimonial o en defenderlo recurran a su propia declaración y a la de aquellos que al tiempo de contraer matrimonio vivieron de cerca las circunstancias que confluieron para la emisión del consentimiento matrimonial, acompañándose, si fuera necesario y si también fuera posible, de documentos que corroboren lo expuesto en sus declaraciones, pues no basta la voluntad de los esposos para declarar nulo su matrimonio, sino que debe demostrar que éste nunca existió.

³⁶¹ Cf. PEÑA GARCÍA, C., Título VII: Las pruebas (arts. 155-216 DC) en: MORÁN BUSTOS, C.M. Y PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de matrimonio... o.c.* p. 334).

³⁶² Cf. *coram Fiore*, de 29 de noviembre de 1960, en SRRD 52, 1960, p. 504, o también la *coram Wynen*, de 28 de mayo de 1940, en SRRD 32, p. 1949.

³⁶³ El ordenamiento canónico, utilizando la locución latina de *compos sui* para referirse al que es dueño de sí, conduce a una doble distinción entre quien se considera que posee uso de razón y el que carece del mismo. Así, el c. 97 § 2 CIC afirma que “*el menor, antes de cumplir siete años, se llama infante, y se le considera sin uso e razón; cumplidos los siete años, se presume que tiene uso de razón*”. Y por eso, se equipara a los infantes a aquel que “*carece habitualmente de uso de razón*” por considerar que no es “*dueño de sí mismo*” (cf. c. 99). (Cf. CORTÉS DIÉGUEZ, A., “Voz: Compos Sui”, en: *Diccionario General de Derecho Canónico*. Vol. II, Pamplona, 2012, pp. 303-304).

raciocinio y la comprensión de los hechos. Ahora bien, siempre se puede recurrir a las técnicas de los profesionales especializados en el trato con menores (psicólogos, mediadores, trabajadores sociales) para interpretar aquello que hayan podido ver, oír o presenciar, valorando el grado de afectación o las secuelas que en ellos hayan podido quedar. La cuantificación de los daños producidos en los menores (directa o indirectamente), o incluso el descubrimiento de cómo han vivido ellos en el entorno familiar los conflictos y desavenencias conyugales puede resultar útil para confeccionar una reconstrucción de la historia de un matrimonio que arrastra vicios y defectos desde el momento en que surgió.

La participación de los menores, por tanto, no tiene que ser propiamente activa, sino que se puede acceder a ellos por medio de otros recursos menos traumáticos e inofensivos, que no sólo no les dejen secuelas sino que incluso, les ayude a superar experiencias negativas que hayan marcado de alguna manera su desarrollo personal a nivel afectivo y emocional³⁶⁴.

Se nos ocurre mostrar aquí, por ejemplo, cuál puede ser el impacto de la declaración de un menor o la evaluación por parte de un profesional en un proceso de nulidad matrimonial, teniendo en cuenta, incluso, que el grado de conocimiento más o menos consciente es la única forma de apoyar la argumentación de una de las partes para demostrar lo que afirma, dado que los hechos pudieron transcurrir exclusivamente en la intimidad del hogar familiar sin ninguna trascendencia que posibilitara la existencia de testigos oculares o testigos que conocieran la historia porque la parte les hubiera confiado esta información.

Traemos a colación un caso en un Tribunal Eclesiástico Español, donde una esposa impugnó la validez de su matrimonio sin poder recurrir a ningún testigo que ratificara la dura realidad que había vivido en su matrimonio. De esta unión habían nacido cuatro hijas y las tres últimas fueron fruto de violaciones por parte del marido.

³⁶⁴ En la sociedad anglosajona, destaca la sensibilidad y preocupación por informar a los progenitores y a los propios menores de cuál ha de ser su participación como testigos en un proceso utilizando para ello materiales didácticos elaborados cuidadosamente para tal fin, donde les enseñan quiénes son los miembros del Tribunal, cómo es una sala por dentro y el lugar que ocupan las partes intervinientes y qué papel ejerce cada uno. Incluso, están provistos de juegos y actividades para colorear que les permiten, de una forma dinámica, aprender por qué es tan importante la verdad y cuáles son las formas de expresarla (Cf. INSTITUTE OF JUDICIAL ADMINISTRATION, *Let's get ready for court. An activity book for child witnesses*, London, 1993; INSTITUTE OF JUDICIAL ADMINISTRATION, *Your child is a witness. Information and advice for parents and carers*, London, 1993)

Éste presentaba un grave trastorno de parafilia y sometía a su mujer a vejaciones y abusos sexuales continuos, además de visionar películas pornográficas y recurrir a prácticas onanísticas delante de las niñas mientras éstas jugaban en el salón. La esposa actora admitió que al menos dos de las niñas habían presenciado por casualidad algún episodio poco agradable y recomendable para su edad. A la declaración de la esposa demandante en el proceso de nulidad no se acompañó ningún testigo y tan sólo se aportó un breve informe de una psicóloga que le atendió cuando se encontraban en trámites de separación. El demandado fue declarado ausente en el proceso porque no quiso recibir la citación ni dio señales en ningún momento.

Atendiendo con cierta sensibilidad humana y empeño pastoral a este supuesto concreto, no se requirieron más pruebas. Sin embargo, cabría preguntarnos por qué no se practicó una prueba pericial sobre la esposa actora o también, por qué no hubo una valoración psicológica de alguna de las menores, sobre todo cuando hubiera servido para iniciar una terapia infantil con ellas para superar ciertos miedos y traumas que estas presentaban y que la madre refería como meras anécdotas sin reparar en la gravedad de los mismos.

Otro supuesto también llevado ante los Tribunales Eclesiásticos, mostraba cómo un matrimonio se celebró con la asistencia de los dos únicos testigos y la hija menor de ambos contrayentes, de seis años de edad, quien presenció cómo su padre llegó ebrio a la ceremonia y una hora antes se había negado a casarse, siendo convencido por los dos amigos y testigos en la boda en el último momento. A la salida de la Iglesia, comenzó a humillar a la novia y tiró el anillo al suelo. Posteriormente se sucedieron episodios en la convivencia matrimonial tan desagradables que la esposa optó por separarse para que su hija no creciera en un ambiente tan perjudicial para ella, pues hubo incluso denuncias por malos tratos hacia la esposa. Ni siquiera se recurrió a la prueba pericial basándose el Tribunal en la documentación del proceso penal que incluso le exigió el cumplimiento de una condena en la cárcel. Igualmente, podría haberse practicado una prueba pericial sobre la esposa e incluso sobre la menor para poder identificar las consecuencias negativas que había producido en ellas y nombrar con más exactitud las razones que habían propiciado dicho comportamiento por parte del esposo demandado.

Incluso, puede ocurrir que las manifestaciones de un comportamiento enfermizo de cualquier índole³⁶⁵ por parte de alguno de los cónyuges se haya manifestado más discretamente comenzando por victimizar a los menores sin que haya trascendido en el ámbito civil y por tanto no existan denuncias ni tampoco evidencias, como vestigios de agresiones corporales, pues todo camino andado en otra jurisdicción siempre evita tener que ahondar en ciertas cuestiones que pueden ser aportadas documentalmente. Aunque afortunadamente la violencia en la infancia³⁶⁶ no es algo frecuente en nuestro país ni las cifras resultan de momento preocupantes, sí es cierto que existen numerosos casos de maltrato y abuso sexual de menores, más acentuado si cabe en otros países y otras culturas, haciendo que este fenómeno de la violencia entre los miembros de un grupo familiar haya crecido en las tres últimas décadas³⁶⁷.

Sobre este punto, la legislación civil no sólo no muestra reticencia a la exploración de menores en los procedimientos civiles, sino que incluso este trámite se convierte en imprescindible en los supuestos en que sea necesario determinar todo aquello que pueda afectarles, estableciendo el art. 770. 4º LEC que las informaciones provenientes de los menores sean recabadas por unos especialistas.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil con los procesos matrimoniales de separación o divorcio, que necesitan regular no sólo las cuestiones económicas, sino también las obligaciones naturales surgidas de su unión, y por ende, los hijos como destinatarios del consenso al que deben llegar sus progenitores o representantes legales, en el ámbito canónico no se exige ni se persigue un consenso u acuerdo, y por tanto, los hijos que hubiere en el matrimonio no se van a beneficiar ni les va a perjudicar la decisión del Tribunal Eclesiástico³⁶⁸. Tanto si se declara la nulidad matrimonial como si

³⁶⁵ Existen muchos casos en los que la patología del adulto de tipo psicótico o procedentes de verdaderos trastornos de la personalidad, se manifiesta clínicamente en el niño, y esto surge o se desata en el momento en que los niños no cumplen las expectativas de los padres y del entorno familiar y social, convirtiéndoles en hijos no deseados. Y se han llegado, incluso, a catalogar estas cualidades que podrían constituir un mayor riesgo de producir este maltrato, como “*el rango de la fratría (ser el primer o el último hijo), la adopción, ser producto de un embarazo gemelar, nacer con el sexo opuesto al esperado por los padres y, fundamentalmente, ser producto de un embarazo no deseado*” (Cf. RODRÍGUEZ ALMADA, H., *Maltrato y abuso sexual de menores. Una revisión crítica*, Granada, 2006, pp. 12-13).

³⁶⁶ Cf. CASTELLANO ARROYO, M., “Violencia familiar”, en: VILLANUEVA CALLADAS, E., *Medicina Legal y Toxicología*, 6ª Ed., Barcelona, 2004, pp. 486-504.

³⁶⁷ Cf. RODRÍGUEZ ALMADA, H., *Maltrato y abuso sexual... o.c.*, p. 4.

³⁶⁸ Aunque se solicite el reconocimiento de efectos civiles de la sentencia del Tribunal Eclesiástico para que el Estado reconozca la nulidad matrimonial, todo lo concerniente a las

la resolución es desfavorable, el estatuto jurídico de la relación paterno filial no se ve en absoluto comprometido o alterado, ni experimenta modificación alguna. De hecho, a pesar de que pueda haber posiciones enfrentadas en el proceso de nulidad, porque cada parte sostenga pretensiones diferentes, no podemos considerar que exista una situación de conflicto donde se deba preservar a los menores de posibles efectos adversos.

A pesar de que se viene excluyendo la participación de los menores en el proceso de nulidad matrimonial, en algunos supuestos concretos no sólo sería recomendable o conveniente, sino incluso necesario. Pensemos, por ejemplo, en supuestos en los que se trata de probar hechos que no han trascendido de la intimidad del hogar conyugal, y que sólo uno de los cónyuges no sólo lo ha padecido sino que se convierte en el único testigo de comportamientos y actitudes que pudieran revelar la existencia de una seria patología a nivel psíquico en el otro cónyuge. Ciertamente, se debe probar la evidencia de un consentimiento nulo, pero éste pudo encontrarse defectuoso en el mismo momento de emitirse sin que los sujetos fueran conscientes de que existía realmente ese defecto que se manifestaría posteriormente con más fuerza, hasta el punto de que otros miembros de la unidad familiar, a pesar de su corta edad, pudieron ser testigos de actitudes que refrendan una historia mal encaminada desde el inicio y que ellos, incluso, pudieron llegar a convertirse en víctimas de esa patología. Por eso, la exploración de los menores por parte de especialistas psicólogos abarcando así el recurso de la prueba pericial no sólo a los cónyuges podría resultar de inestimable ayuda en casos muy concretos.

medidas a adoptar en relación a los menores se debe tramitar en un procedimiento aparte ante la jurisdicción civil.

Capítulo IV

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PERITOS EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

1. Los peritos como autores del dictamen pericial

Hablar de *Pericia* nos remite necesariamente al artífice de la misma calificado con el nombre de *Perito*, pudiendo ser “una o varias personas expertas en materias no jurídicas, que elaboran y transmiten al tribunal información especializada dirigida a permitir a éste el conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas relevantes en el proceso”³⁶⁹. Otras definiciones han servido para completar el sentido del vocablo y describir con mayor precisión la labor específica de quien lleva a cabo la realización de una pericia. Así pues, se ha escrito que perito es “la persona que actúa sobre determinadas materias con carácter técnico”³⁷⁰, “la persona especializada en una rama del conocimiento humano, especialización que puede darse en el orden artístico, científico o práctico”³⁷¹, “...siendo por ello que su razón o conocimiento tiene una especial relevancia frente a los que no tienen dicha pericia, dado que al ser un experto podrá facilitar unos datos, explicaciones, razones o argumentos que expliquen unos hechos, presentes, pasados o futuros, que de otra forma no podrían tenerse”³⁷².

Si quisiéramos plasmar aquí todas y cada una de las definiciones dadas sobre la figura del perito, encontraríamos una combinación de palabras diferentes que darían como resultado unas descripciones equivalentes en su esencia. Esto podemos verificarlo con la utilización de apelativos sinónimos, cuando se dice que el perito es un “experto”, “especialista”, “sujeto cualificado”. Si bien son conceptos que desembocan en una misma realidad, sin embargo, todos y cada uno de ellos nos pueden acercar a la

³⁶⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II...*, o.c., p. 193.

³⁷⁰ VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, C., “Naturaleza jurídica ...o.c., p. 5.

³⁷¹ MORENO HERNÁNDEZ, M., *Derecho Procesal Canónico. I. Procedimiento*, Barcelona, 1975, p. 283.

³⁷² GUTIÉRREZ MUÑOZ, S.M., *La prueba pericial...* o.c., p. 9.

determinación de la esencia pericial desde perspectivas diversas, como veremos a continuación.

Del art. 335 LEC, referido al objeto y finalidad del dictamen de peritos, se desprende de manera lógica que las personas que ostentarán el oficio de perito serán aquellos que posean los “*conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos*” aunque bien es verdad que el precepto no impone que esos conocimientos vengan avalados por una titulación oficial.

La legislación procesal canónica tampoco hace alusión alguna a la definición del perito. Tan sólo encontramos una referencia en la regulación de su cometido, en el c. 1574 CIC, que dispone que se ha de acudir al perito cuando “*se requiera su estudio y dictamen, basado en las reglas de una técnica o ciencia, para comprobar un hecho o determinar la verdadera naturaleza de una cosa*”. Por tanto, se deduce, en la misma línea que establecía la Ley de Enjuiciamiento Civil que las materias objeto de análisis y valoración ilustran el cometido del perito y lo convierten en un técnico y creador de razonamientos útiles y convenientes para asegurar otro tipo de pruebas y para hacer confluir los resultados en una sola dirección³⁷³. Aquello que verifique tras el análisis practicado será un informe original y único que gozará de una importancia singular y de una autoridad respetable y que será tenido en cuenta en aquello que se ha pronunciado. Otra cosa será que el informe se encuentre viciado por condicionantes puramente humanos y que puedan constatar el ejercicio imperfecto de la profesión. Será necesario, por tanto, someter a valoración ciertas conductas que podrían ser perfectamente reprobables.

2. Derechos y deberes de los peritos

Cualquier oficio o profesión encarna unos derechos y obligaciones para con el propio sujeto y en relación al trabajo realizado o a los usuarios del servicio. Así pues, dependiendo de la repercusión o alcance de la labor profesional y de la relevancia de su cometido, se exigirán unas obligaciones o se reconocerán unos derechos concretos,

³⁷³ A este respecto, cabe recordar que el perito no juzga como si fuera un juez ni enjuicia las realidades sometidas a su valoración, sino que es un órgano de prueba con la función de pericibir (*peritus percipiendi*) y de deducir (*peritus deducendi*). (Cf. DEL AMO, L., “Valoración jurídica del peritaje ...o.c., p. 653).

estableciendo determinados mecanismos de protección ante la falta de cumplimiento de los deberes o la ausencia de disfrute de esos derechos.

El surgimiento de unos derechos y deberes específicos proviene de una relación contractual previa (para el caso de los peritos designados por las partes, en cuyo caso sería un encargo de naturaleza contractual) o del encargo procurado por el Juez o el Tribunal (para el caso de la designación judicial, que revestiría carácter procesal), y es a partir de ese momento cuando esos derechos y deberes consagrados en virtud del oficio comienzan a desplegar sus efectos. De hecho, no se pueden exigir unos sin la existencia simultánea o sucesiva de los otros y se ha de procurar que ambos sean observados voluntariamente por ambas partes o si no, que se reclamen o exijan su cumplimiento por las vías diseñadas a tal efecto.

En principio destacan como derechos del perito que se le proporcione el dinero que pueda necesitar por los gastos que tuviera y al mismo tiempo perciba una remuneración justa por su trabajo, y, además de esto, y, de cara a que pueda proceder a un correcto examen del objeto encomendado, que se le faciliten los medios adecuados para examinar las cuestiones que se le someten a su consideración y que pueda tener plena libertad para acometer su investigación, libre de presiones y condicionantes externos.

2.1. Derechos de los peritos

Uno de los primeros derechos que se le reconocen al perito es, sin lugar a duda, recibir una retribución justa por el trabajo realizado. Analizamos esta cuestión desde la normativa civil y canónica, apreciando curiosas diferencias y modos de proceder diversos en cuanto a la remuneración del trabajo realizado por el perito. Generalmente, al término de una encomienda se entrega el resultado a cambio de una retribución ajustada a lo pactado. Pero, incluso en este aspecto, los intereses económicos se tratan desde perspectivas diferentes en los órdenes civil y canónico.

La LEC se encarga de asegurar el cumplimiento de la obligación dineraria por parte de quien solicita la pericia, debiendo abonar las cantidades reclamadas por el desempeño de la función correspondiente en el proceso. El perito, pues, se convierte en un profesional más (como lo son los letrados y procuradores) cuyos servicios se contratan para que actúe en un proceso concreto (aunque elabore con asiduidad y cierta permanencia peritajes para el Tribunal, viniendo a ser el perito principal de referencia,

como ocurre en la gran mayoría de los Tribunales españoles). En esta provisión de fondos se va a incluir, por tanto, el gasto correspondiente por los materiales que deba adquirir y que constituyen expensas habituales de la labor pericial y la retribución propia por el tiempo de estudio y dedicación en orden a la elaboración del informe final.

El perito queda obligado con la parte o el tribunal desde el mismo momento de su designación, dejando a su elección la solicitud de provisión de fondos que estime necesaria en los tres días siguientes desde que se procedió a su nombramiento (art. 342.3 LEC). No obstante, el Tribunal va a controlar que la provisión de fondos indicada sea efectiva, de modo que *“decidirá sobre la provisión solicitada y ordenará a la parte o partes que hubiesen propuesto la prueba pericial y no tuviesen derecho a la asistencia jurídica gratuita, que procedan a abonar la cantidad fijada en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del tribunal, en el plazo de cinco días”*. Así pues, este adelanto se convierte en condición *sine quae non* para que el perito pueda comenzar a estudiar la causa y a elaborar el correspondiente informe, pues, de no realizarlo en el tiempo otorgado y en la cantidad acordada, *“el perito quedará eximido de emitir el dictamen, sin que pueda procederse a una nueva designación”*.

Igualmente, la legislación civil atiende a la posibilidad de que el perito hubiera sido designado de común acuerdo (art. 342.3, par. 3º LEC), comprendiendo que el abono de las cantidades correspondientes en concepto de honorarios se ha de dividir en partes iguales. En este caso la normativa vuelve a preocuparse de salvaguardar el derecho del perito a cobrar sus honorarios y de imponer la obligación de sufragar dichos gastos a las partes que pidieron su intervención, en el caso de que una de las partes quiera eludir dicho compromiso; entonces, *“se ofrecerá al otro litigante la posibilidad de completar la cantidad que faltare, indicando en tal caso los puntos sobre los que deba pronunciarse el dictamen, o de recuperar la cantidad depositada, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior”*.

De todo lo anteriormente expuesto se reconoce que el papel económico cobra vital importancia, determinando en algunos casos (y cuando sea designado judicialmente) que se pueda o no llevar a cabo la pericial si no se ha satisfecho correctamente la provisión de fondos. Además, es muy importante para completar la elaboración del dictamen que el perito pueda disponer de todos los medios necesarios para su investigación, pudiendo tener acceso además no sólo a las personas o bienes

muebles o inmuebles que deba examinar, sino también al expediente que recoja el resto de pruebas que se hayan practicado.

Paralelamente, el tratamiento de la cuestión retributiva por el trabajo de los peritos parece algo insignificante en el ordenamiento canónico, quizá porque se entiende que es algo básico que no necesita mayor regulación. La norma del c. 1580 CIC es sencilla y remite a lo que en cada lugar se quiera establecer al respecto: “*A los peritos se les pagarán los gastos y honorarios que con equidad determine el juez, observando el derecho particular*”. No olvidemos que muchos de los preceptos del Código de Derecho Canónico, precisamente porque su aplicación es universal, requieren una precisión en el ámbito particular donde se ha de aplicar y desarrollar la normativa. Aquí encontramos, por tanto, una remisión a la costumbre o praxis de cada lugar, pero siempre bajo la supervisión del criterio del juez, que es quien informa sobre la procedencia de las cantidades fijadas por el perito, de manera que un exceso en las mismas podría significar prescindir de sus servicios y acudir a otro profesional. Del mismo modo será el juez quien deba tener presente la dificultad del caso, la cualificación del profesional, el tiempo empleado y las molestias ocasionadas, todo ello a efectos de liquidar las expensas³⁷⁴.

No obstante, hemos de destacar que en el c. 1649 § 1 CIC se atribuye al Obispo, como moderador del tribunal, la competencia para dictar normas sobre “*los honorarios de los procuradores, abogados, peritos e intérpretes, así como la indemnización de testigos*”. Y no sólo se protege a la parte frente a posibles excesos de los honorarios del perito con esta fijación por parte del Obispo diocesano, sino también previendo la impugnación de dichas cantidades, tal y como se contempla en el párrafo 2 del mismo canon: “*Contra el pronunciamiento sobre las costas, honorarios y resarcimiento de daños no se da apelación por separado, pero la parte puede recurrir en el plazo de quince días ante el mismo juez, quien podrá modificar la tasación*”. De aquí puede derivarse un empobrecimiento repentino de la parte que tenga que afrontar gastos que podría solicitar el beneficio de justicia gratuita o la reducción de costas, tal y como ha previsto la normativa canónica, aunque en circunstancias normales se indica que “*las cuestiones sobre prestación de caución acerca del pago de las costas judiciales, o sobre*

³⁷⁴ Cf. LOMBARDÍA P. Y ARRIETA, J.I., *Codice di Diritto Canonico. Edizione bilingue commentata*, Roma, 1987, p. 912.

concesión de patrocinio gratuito, si se ha pedido ya desde el primer momento, y otras semejantes, han de tratarse ordinariamente antes de la litiscontestación” (c. 1464 CIC).

Como podemos observar, si bien no es con carácter general, es lógico que ante el peligro de que se produzcan unos gastos que no dispongan de una mínima garantía para ser cubiertos con posterioridad, se utilice el depósito previo de forma cautelar. El momento procesal de la litiscontestación³⁷⁵ se convierte en referencia para asegurar el pago de las costas y los honorarios, pues a partir de ahí es cuando realmente la parte comenzaría a litigar en el juicio³⁷⁶.

Antes de concluir este apartado, anotamos la ausencia del precepto codicial sobre la retribución de los peritos también en la Instrucción *Dignitas Connubii*, con lo que confirmamos una vez más que la cuestión económica no determina la ejecución de la prueba pericial. De hecho, al depender de una normativa particular que especifique los criterios económicos, se viene insistiendo en que no descuiden el requerimiento del pago de las tasas y honorarios profesionales para sustentar la actividad de los Tribunales, que también tienen que retribuir convenientemente el trabajo de los distintos miembros (defensor del vínculo, jueces, notario, etc). En todo caso, por el bien de las almas y para cumplir con el derecho a la tutela judicial efectiva en la Iglesia (cf. c. 221 CIC), la carencia de dinero nunca puede conllevar la negación de la justicia y se ha de suplir cualquier gasto ocasionado en pro de este derecho si la parte no pudiera hacer frente por sus propios medios.

2.2. Deberes de los peritos

En cuanto a los deberes de los peritos, la LEC enuncia en el art. 335.2, para el caso de los peritos de parte, los principios informadores de la labor pericial como generadores de obligaciones: *“Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer*

³⁷⁵ En esta fase dentro del proceso contencioso ordinario se procede a definir el objeto del litigio con aquello que el actor aduce en la demanda y el demandado en la contestación. Así pues, conforme establece el c. 1513 §1 CIC, en este acto procesal el juez, por decreto, fija los límites de la controversia a partir de las peticiones y respuestas, escritas u orales de las partes (Cf. TESTA BAPPENHEIM, S., Voz: “Litiscontestatio”, en: AA.VV., *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol. V, Pamplona, 2012, pp. 195-199)

³⁷⁶ Cf. Com. c. 1464, en: PROFESORES DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico...o.c.*, p. 862.

como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito”.

En relación a los peritos designados judicialmente también el art. 342. 1 LEC alude a *“la manifestación bajo juramento o promesa”* conforme establece el citado art. 335 LEC. Por medio de este juramento, el perito manifiesta que *“ha tomado o tomará en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y ello en aras a mantener su máxima objetividad”*³⁷⁷. Esta objetividad queda en entredicho para el supuesto en el que el perito es escogido por las partes y de ellas recibe directamente el encargo, pues se teme que el perito se pronuncie en función de los intereses de la persona que le paga. Esto es muy fácil que ocurra sin tener que cuestionar la profesionalidad del autor del dictamen, porque, quizá, entre varias valoraciones que pudieran derivarse de unos mismos hechos, es muy probable que el perito pueda escoger aquella que beneficie más a sus clientes.

Aún contando con estos riesgos –que puede suponer bien una ausencia de malicia o una voluntad de contravenir una norma cuyas consecuencias el perito ya conoce en caso de incumplirlas–, no se puede retirar toda fiabilidad y credibilidad al dictamen, sino que hay que activar los mecanismos de control para que el perito sea consciente desde el primer momento de la responsabilidad incluso penal en la que puede incurrir si incumple el deber de ser lo más objetivo posible. La forma de advertir es informarle al perito de los delitos en los que podría incurrir conforme a lo establecido en el art. 335.2 LEC³⁷⁸ y hacerle conocedor de ellos, de modo que en su actuación pese el deber de ajustarse con rectitud e imparcialidad a la verdad de los hechos, pues, de lo contrario, se estaría enfrentando a un posible delito de falso testimonio con consecuencias penales de hasta tres años de prisión e inhabilitación especial para una profesión u oficio, empleo o cargo público, de seis a doce años, según establece el art. 459 del Código Penal.

En caso de que el perito alterara la verdad sin faltar sustancialmente a la misma, con ciertas reservas, imprecisiones u omitiendo datos o hechos que bien conoce, podría conllevar una pena de multa de seis a doce meses así como también la suspensión de

³⁷⁷ PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso...* o.c., p. 58.

³⁷⁸ art. 335. 2 LEC: *“Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar (...) que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito”.*

empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años según lo dispuesto en el art. 460 CP. Además, se prevé que por su implicación más allá de lo que le corresponde y valiéndose de su posición para obtener beneficios en pro de sus intereses particulares, podría igualmente incurrir en los delitos de cohecho (art. 422 del CP) y todo lo relativo a negocios y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos cometidos en el ejercicio de su función (cf. arts. 439 y 440 CP). Estas y otras manifestaciones derivadas de los mismos las analizaremos más adelante.

Por otro lado, si el perito que hubiera sido designado judicialmente no aporta el dictamen requerido por un motivo injustificado o lo entrega fuera del plazo estipulado podría incurrir en responsabilidad civil, o incluso penal, bajo el delito de desobediencia³⁷⁹. En estos supuestos siempre quedaría que, como diligencia final, se solicitara al perito la realización del dictamen pericial o que se incorporara extemporáneamente al proceso³⁸⁰.

Por otro lado, no debemos pasar por alto otro de los deberes del perito, íntimamente ligado al de presentación del dictamen, como es su comparecencia al juicio o vista cuando así sea requerido por el juez. Esta circunstancia viene recogida en los arts. 292.1. y 347 de la LEC, que viene a indicar la obligación que tiene el perito de comparecer al acto del juicio (proceso ordinario) o a la vista (para el juicio verbal), si las partes lo solicitan y al juez le parece útil y pertinente. Pero no sólo ha de comparecer a petición de las partes, sino que también el propio juez, de oficio, podría disponerlo cuando el perito haya sido designado por él (cf. art. 346 LEC). Curiosamente, no se admite que el juzgador pueda solicitar la comparecencia del perito de parte cuando la parte contraria no solicite la comparecencia de ese perito, todo ello para reforzar así la naturaleza de la prueba pericial como un medio de prueba más³⁸¹.

³⁷⁹ Se podría también encontrar el tipo delictivo en el contenido del art. 410 del CP: “*Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años*” y también el comprendido en el art. 556 del CP: “*los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año*”.

³⁸⁰ Cf. PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso... o.c.*, pp. 60-61.

³⁸¹ Ibidem, p. 61.

Se deducen aquí un conjunto de obligaciones que responden a dos tipos de actuaciones: la primera, de carácter positivo, en la misión de elaborar un dictamen aplicando las reglas de su profesión y conforme a un método objetivo, y la segunda, de carácter negativo, en cuanto que el incumplimiento de estos deberes conllevaría hacer frente a nuevas obligaciones de resarcimiento de daños y determinación de la responsabilidad. Concretamente, en el art. 292.1. LEC se ejemplifica este incumplimiento para el caso de la incomparecencia de los peritos en el juicio o vista donde tenga que practicarse la prueba. Si el perito o los peritos llamados a comparecer no lo hicieran, se les impondrá la correspondiente sanción que no les exime de cumplir con el deber primero de comparecer, endureciéndose las medidas si el sujeto manifiesta una actuación continuada al margen de las resoluciones de la autoridad judicial, conllevando incluso pena de inhabilitación en el ejercicio de la profesión³⁸². Puede llamar la atención que la comparecencia haya sido configurada como un deber del perito con consecuencias sancionadoras, pero, si atendemos al art. 292.3 LEC, su ausencia injustificada puede llegar a provocar la suspensión del juicio o vista o su interrupción (art. 193.1.3º LEC). Esto claramente repercute negativamente en el normal funcionamiento del proceso y del ejercicio de la actividad jurisdiccional³⁸³, haciendo que todo se retrase a expensas de que el perito emita su informe (cf. art. 193 LEC).

Junto a estos dos deberes más destacables, pueden acompañarse otros que son necesarios desde el punto de vista formal o para la consecución de su tarea cuando estemos ante un perito judicialmente designado, tal y como recoge la LEC³⁸⁴:

- La aceptación del cargo una vez designado, salvo que exista una causa justa que le exima de esta obligación (art. 342.1 y 2 LEC).

³⁸² Los artículos 193 y 194 de la LOPJ hacen alusión a esta responsabilidad de tipo disciplinar cuando mencionan que “*Con la misma multa serán sancionados los testigos, peritos o cualquiera otro que, como parte o representándola, faltaran en las vistas y actos judiciales de palabra, obra o por escrito a la consideración, respeto y obediencia debidos a jueces, fiscales, secretarios judiciales y resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, cuando sus actos no constituyan delito*” (art. 193.1 LOPJ) así como indica la forma de imponer la sanción y los recursos que proceden contra el acuerdo de imposición de sanción (art. 194. 1 y 2 LOPJ). Por su parte, también el Código Penal prescribe unas penas concretas para este incumplimiento en la figura de autoridades o funcionarios públicos, pudiendo por tanto aplicar dicha normativa a los peritos que incumplieren las obligaciones establecidas por la normativa y la autoridad judicial.

³⁸³ Cf. ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos...* o.c., p. 117.

³⁸⁴ Cf. PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso...* o.c., p. 62.

- Poner en conocimiento de las partes con al menos cuarenta y ocho horas de antelación del día, lugar y hora en el que deberá realizar las operaciones periciales para proceder al reconocimiento de personas, lugares u objetos si el Tribunal admite que las partes estén presentes en estas operaciones (art. 345.2 LEC).
- Elaborar el dictamen por escrito y remitirlo al tribunal en el plazo concedido (art. 346 LEC).
- Intervenir en el juicio o la vista conforme establece el art. 347 LEC.

Por lo que se refiere al orden canónico, el Código de Derecho Canónico guarda silencio sobre el deber del perito de prestar juramento así como sobre las consecuencias y medidas disciplinarias a adoptar en caso de incumplimiento de sus obligaciones para con el Tribunal. Se puede comprender perfectamente que no exista la previsión de una sanción puesto que la autoridad de la Iglesia en este punto tendría tan sólo una pena de tipo moral y nunca gozaría de capacidad coercitiva para inhabilitar al sujeto profesionalmente o imponerle una sanción. No obstante, a nivel particular el Tribunal podría establecer, al igual que se contempla para los abogados y procuradores³⁸⁵, penas que comprometan la permanencia del perito como profesional vinculado al Tribunal, de modo que pueda darse su sustitución por otro perito.

En relación al juramento, a pesar de que el Código de Derecho Canónico nada dice al respecto, se puede entender que esto se haga al momento de entregarle las actas de la causa y el resto de documentos y adminículos que pudiera necesitar para cumplir fielmente su cometido (cf. c. 1577 § 2 CIC), es decir, en ese momento en el que el Código menciona “*después de oír al perito, el juez le fijará un plazo dentro del cual tendrá que efectuar su estudio y presentar el dictamen*”. Se sobreentiende, por tanto, que en este “oír al perito” se incluyen actuaciones tales como la aceptación del encargo y el correspondiente juramento. Al menos, ésta es la práctica habitual en los Tribunales

³⁸⁵ Los cánones 1487-1489 CIC describen una serie de supuestos que tratan del incumplimiento de obligaciones de los abogados y procuradores en el ejercicio de su trabajo (Comprar el pleito, pactar emolumentos excesivos o sobre una parte reclamada de la cosa litigiosa, c. 1488 § 1 CIC; sustracción de causas a los tribunales competencias para buscar una sentencia más favorable, c. 1488 § 2 CIC; prevaricación de su oficio por regalos o promesas, c. 1489 CIC) . Del mismo modo, para casos muy graves, podría entenderse aplicable (por analogía con la consideración de los peritos como profesionales autónomos y como terceros intervinientes en la causa) alguno de los preceptos codiciales para sancionar conductas prohibidas por el Derecho o reprobadas por el Juez.

Eclesiásticos, que acostumbran a enviar al perito las actas por correo postal o a entregárselas personalmente, aprovechando la coyuntura para que firmen la aceptación del encargo delante del juez o la remitan por el mismo medio que la recibieron. Igualmente, sin ánimo de establecer una comparación que pudiera llevar a equívoco, de la misma forma que para diversas cuestiones referidas a los peritos la normativa remite a lo que para las mismas situaciones se establece para los testigos, puede entenderse que en el caso del juramento también se podría apelar a lo enunciado en el c. 1562 § 2 CIC sobre el juramento que el juez ha de pedir a los testigos antes de su declaración, en estrecha relación con lo establecido en el c. 1532 CIC³⁸⁶ sobre la necesidad de pedir a las partes el juramento en las causas del bien público.

También se aprecia en la legislación canónica algunas indicaciones que se convierten automáticamente en deberes a los que queda sujeto el perito, como, por ejemplo, la elaboración del propio dictamen por separado y por escrito³⁸⁷, salvo que el juez permita que se pueda presentar un solo dictamen firmado por todos los peritos si participaron varios en el peritaje, así como su comparecencia ante el juez para que reconozca sus conclusiones y pueda añadir las explicaciones suplementarias que sean necesarias (cf. c. 1578 § 3 CIC y art. 211 DC).

Existe una mención también en el c. 1455 §3 CIC, relativa a aquellas causas o pruebas que por su naturaleza pudieran poner en peligro la fama de otros al momento de darse a conocer, o dé pie a rencillas o vaya a provocar un escándalo o cualquier otro inconveniente semejante, en base a lo cual *“el juez puede obligar a guardar secreto bajo juramento a los testigos y peritos, así como a las partes y a sus abogados o procuradores”*. Es este un deber puntual para ocasiones concretas que en parte viene ya cubierto por las garantías del secreto profesional al que debe someterse toda actuación del perito.

³⁸⁶ c. 1532 CIC: *“Cuando en una causa entre en juego el bien público, el juez ha de pedir a las partes juramento de que dirán la verdad o, al menos, de que es verdad lo que han dicho, a no ser que una causa grave aconseje otra cosa; en los demás casos, puede hacerlo según su prudencia”*.

³⁸⁷ En la legislación canónica anterior de 1917, en el art. 1801, se permitía la posibilidad de que el dictamen de peritos se pudiera hacer oralmente, algo que se ha suprimido en el Código actual, estableciendo la obligatoriedad de que se presente por escrito. Es cierto que la forma escrita no aparece por ningún lado, pero se deduce claramente del texto codicial que así ha de presentarse, sobre todo si constatamos que se descarta la posibilidad de hacerlo oralmente con su ausencia en los preceptos normativos.

3. La responsabilidad del perito

El perito no es un simple testigo ni siquiera un testigo cualificado, como ya ha quedado suficientemente claro en el análisis practicado en el Capítulo II sobre la naturaleza jurídica de la pericia. Por tanto, constatada su trascendencia y eficacia incluso para decidir ciertos pleitos, se mide en proporción la responsabilidad civil y penal que pueda derivar de su conducta profesional.

En los procesos civiles, el perito debe manifestar que conoce la posibilidad de incurrir en un delito conforme establece el art. 335.2 LEC: *“Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar (...) que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito”*. Igualmente, para aquellos peritos designados judicialmente conforme al art. 342.1 LEC se aplica esta disposición.

La responsabilidad, pues, puede ser penal, civil o disciplinaria dependiendo del objeto que pudiera verse dañado, influyendo asimismo la gravedad de la actuación delictiva y el alcance de la misma.

A priori, en la normativa procesal canónica no encontramos una regulación expresa a este reconocimiento de las consecuencias que pudiera derivar de una mala praxis por parte del perito, sino que, de algún modo, se viene a “canonizar” lo que de por sí es exigible en el ámbito civil, de manera que se espera que los peritos cumplan unos requisitos legales mínimos para actuar como tales y que, por su pertenencia a su correspondiente Colegio profesional, venga de algún modo controlada la calidad de su intervención, respondiendo así a los criterios de disponibilidad, profesionalidad y responsabilidad.

3.1. Responsabilidad Penal

Si hacemos un breve recorrido por el Código Penal podemos encontrar conductas perfectamente identificadas y tipificadas que podrían ser imputables a un perito en el ejercicio de sus funciones.

El primero de los delitos que se puede encontrar es el delito de cohecho, que consiste en solicitar o recibir una dádiva o regalo a cambio de realizar o no hacer algo

que sea inherente a su oficio. Este delito viene tipificado en el art. 422 CP³⁸⁸ y se encuentra estrechamente relacionado con los arts. 419, 420 y 421 del mismo cuerpo legal. Este delito sólo afecta a los peritos que son designados judicialmente, en cuanto su actividad se encuentra subsumida en la que correspondería a un funcionario público. De hecho, el propio art. 423 CP establece que *“Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”*.

En segundo lugar, el perito podría incurrir en el delito de falso testimonio. El art. 459 CP presenta como característica de este delito que opere la malicia a la hora de faltar a la verdad *“en su dictamen o traducción”*. Resulta muy curioso cómo la jurisprudencia³⁸⁹ ha matizado que el delito, en sí, no se produce contra las partes sino contra la Administración de Justicia, constituyendo un menosprecio hacia la actividad judicial de quienes aplican las leyes y las ejecutan en pro de la justicia. Así pues, el elemento del dolo hace que la acción sea plenamente consciente e intencionada por parte del perito y así despistar e inducir a equívoco al órgano jurisdiccional. Y para valorar la gravedad del delito cometido por el perito en relación a una conducta similar cometida por un testigo conforme el art. 458 CP y 459 CP, el texto legal concede más importancia al delito cometido por el perito y aboga por imponerle una pena mayor, reforzando así la idea de la trascendencia que puede llegar a tener el dictamen del perito como juicio técnico y especializado, en la medida en que influya de manera decisiva en el juez al momento de dictar sentencia: *“Las penas de los artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años”*.

Por otro lado, puede ocurrir que el perito no llegue a faltar sustancialmente a la verdad pero sí *“la alterar con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos”* (art. 460 CP). Este supuesto refleja una

³⁸⁸ art. 422 CP: *“La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años”*.

³⁸⁹ Cf. STS 493/1999 de 5 de junio (ROJ STS 3963/1999).

responsabilidad menor en cuanto a los efectos de las penas impuestas, pero sostiene la existencia de un propósito o deseo de expreso de alterar esa verdad u omitir ciertos datos o hechos de manera que no se trate de un simple error.

En cualquiera de los dos supuestos de falso testimonio con mayor o menor determinación se aprecia una potencial incidencia negativa en la sentencia que pone fin al pleito, lo que justifica ampliamente que se pueda solicitar la revisión de la sentencia firme si se demuestra claramente que la resolución se apoyó fundamentalmente en el informe pericial (art. 510. 3 LEC).

En tercer lugar, el perito también podría cometer delitos tales como el de desorden público, a tenor del art. 558 CP, si perturbase gravemente el orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, pudiendo ser castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses. Estas conductas obedecen a una exigencia mínima de civismo que sería aplicable para cualquier ciudadano, máximo a quien representa a un colectivo respetable con cierta autoridad en su materia.

En el orden canónico, como ya hemos apuntado previamente, nos encontramos a la hora de imponer la responsabilidad penal con la dificultad de que la Iglesia Católica posee una potestad punitiva únicamente sobre sus fieles y con un marcado carácter espiritual³⁹⁰, de manera que las sanciones por los delitos cometidos persiguen ante todo conseguir el arrepentimiento del fiel cristiano y alcanzar, por medio del castigo correspondiente, el restablecimiento del orden social y eclesial alterado. Ciertamente, el delito de cohecho se contempla también en el ordenamiento canónico pero queda circunscrito únicamente a los funcionarios públicos eclesiásticos, indicando que *“el que da o promete cosas, para que quien ejerce una función en la Iglesia haga u omita algo ilegítimamente deber se castigado con una pena justa, así como quien acepta esos regalos o promesas”* (c. 1386 CIC). El término “eclesiástico” alude fundamentalmente a quienes han sido revestidos con el sacramento de la Sagrada Ordenación y por ende, su participación en ciertas conductas puede conllevar, junto con el escándalo y el anti-testimonio, una ofensiva directa hacia los valores evangélicos. Por eso, en una interpretación amplia y extensiva de este precepto podríamos prever que aquellos clérigos que pudieran ejercer como peritos por su cualificación en alguna de las ciencias necesarias para los procesos judiciales en la Iglesia (Psicólogos, Médicos) y en sus

³⁹⁰ Cf. c. 1311 CIC: *“La Iglesia tiene derecho originario y propio a castigar con sanciones penales a los fieles que cometen delitos”*.

dictámenes hicieran u omitieran algo a cambio de promesas o bienes materiales, por el impacto negativo que puede tener en los fieles dada la confusión e inseguridad que puede generarles por aquello que estos sujetos representan y por el ejemplo que de ellos se espera, bien podría imponérseles una sanción en función de la gravedad del acto.

Para el caso de que los peritos sean laicos e incluso pudieran no ser católicos³⁹¹, en virtud del funcionamiento de los procesos judiciales canónicos y las posibilidades reales de hacer efectiva su potestad, será no sólo más aconsejable sino también más sencillo proceder por la vía de la responsabilidad disciplinaria, pues, si bien tampoco está recogida expresamente en el Código de Derecho Canónico para la forma de proceder contra los peritos, existen disposiciones aplicables a otros cargos y oficios de las que se podrían valer los Jueces para corregir irregularidades o conductas corruptas de estos profesionales. Esto podría conllevar, por ejemplo, la suspensión para actuar en el Tribunal Eclesiástico durante un tiempo prudencial o incluso, directamente la expulsión.

Por último, comparando la consecuencia que en el ámbito civil tiene el delito de falso testimonio por parte del perito para provocar incluso una revisión de la sentencia firme, al indagar en los medios previstos en el CIC para impugnar una sentencia eclesiástica no encontramos en ninguno de ellos que conste esta posibilidad. La presencia de esta circunstancia en el ámbito civil abre aquí un debate teniendo en cuenta que en los procesos matrimoniales canónicos son muchas las causas que, por la naturaleza de los capítulos sobre los que versa el proceso, se impone la obligación de recurrir a la prueba de peritos, y en ocasiones su intervención puede tener mucho peso en la sentencia, tal y como venimos advirtiendo.

³⁹¹ En el art. 205, 1 y 2 de la Instrucción *Dignitas Connubii* podemos leer cómo “*para actuar como peritos se debe elegir a personas que no sólo tengan certificada su idoneidad, sino que además gocen de prestigio por su ciencia y experiencia y sean recomendables por su religiosidad y honradez*”, exigiendo que se ponga especial y máximo cuidado a la hora de elegir a los peritos, de manera que éstos “*sigan los principios de la antropología cristiana*”. En ninguna parte se menciona que deba reunir la condición de católico, como por ejemplo sí lo pide para el caso de los abogados conforme al c. 1483 CIC. Aun prescribiendo que el abogado profese la religión católica, admite que pudiera actuar como abogado incluso un abogado acatólico aún fuera del caso de necesidad. Basta con que el Obispo diocesano así lo permita. Por tanto, argumentamos esta situación para referir que en caso de que un perito no católico incurra en alguna conducta reprochable con daños y consecuencias negativas evidentes, las sanciones disciplinarias debidamente resueltas y diseñadas serán suficientes para aplicarlas ante cualquier infracción legal o del quebrantamiento de la confianza que en él han depositado.

El c. 1622 CIC, al hablar de la sentencias que adolecen de vicio de nulidad sanable, establece un número taxativo de supuestos que posibilitan la impugnación de la sentencia. Estos defectos pueden encontrarse en la propia sentencia, de manera que sea nula en sí misma por defecto esencial o por determinación del derecho positivo³⁹². Pero también podemos encontrarnos con la posibilidad de que sea nula como consecuencia de actos procesales previos que son nulos y que pueden producir la nulidad de la sentencia por derivación. Este es el caso del c. 1622. 5º CIC cuando advierte de la nulidad sanable de la sentencia si la misma “*se basa en un acto judicial afectado de una nulidad que no haya quedado subsanada a tenor del c. 1619*”. Sobre este punto debemos preguntarnos si por “acto judicial” se entiende sólo aquellos actos que son protagonizados por un Juez o derivan de su potestad judicial, o también podrían comprenderse aquellos actos incorporados al proceso por medio de los trámites que contempla la normativa procesal.

Imaginemos, pues, que un perito ha actuado movido por violencia o miedo grave o de manera intencionada ha alterado hechos o datos de su dictamen. Sin duda, esto puede tener una repercusión negativa a la hora de valorar o juzgar los hechos objeto del proceso y por tanto, la sentencia puede encontrarse fundamentada en valoraciones inexactas y discutibles que no fueron advertidas por las partes hasta el momento de conocer la sentencia y por tanto, esa correspondencia de sus conclusiones con los datos tomados como referencia.

Pero existe otra figura extraordinaria que podría permitir revisar una causa que haya pasado a cosa juzgada y goce por tanto de la firmeza del derecho en el supuesto de que se trate de causas sobre el estado de las personas conforme al c. 1643 CIC. Nos encontramos ante el recurso de revisión o *Novae causae propositio*, de manera que pueda ser objeto de apelación o examen. No obstante, la restitución “*in integrum*” es quizá el instituto jurídico que más se asemeja a las consecuencias que un peritaje mal realizado por dolo pudiera tener sobre la sentencia dictada. En este supuesto se considera que se ha producido una injusticia y esta es manifiesta cuando, según el c. 1645 §2, 1º CIC “*la sentencia de tal manera se basa en pruebas que posteriormente se han descubierto ser falsas, que sin tales pruebas la parte dispositiva de la sentencia resulte insostenible*” o en el punto 3º del mismo párrafo, “*si la sentencia ha sido*

³⁹² Cf. Comentario c. 1619, en: PROFESORES DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico...o.c.*, p. 933.

originada por el dolo de una parte y en daño de la otra”. Vemos, por tanto, que en muchos de estos supuestos podría tener cabida el hecho de que un dictamen que ha sustentado la mayor parte de un pronunciamiento judicial estuviera faltando a la verdad, bien por una actitud perversa o por simple error del perito.

Para combatir esta práctica delictiva, creemos que si el perito incurriera en falso testimonio y se pudiera demostrar que ha faltado a la verdad o que ha manipulado y tergiversado el contenido de su dictamen, si se tratase de un profesional oficialmente reconocido por su pertenencia a un Colegio profesional al encontrarse su actividad previamente reglada, las partes privadas siempre podrían acudir a la jurisdicción penal para denunciar el delito de falso testimonio e incluso solicitar el resarcimiento por daños y perjuicios, de manera que a los peritos que hubieran intervenido ante la jurisdicción eclesiástica se les pudiera aplicar las disposiciones del Código Penal y aplicar así las penas previstas.

En todo caso, todo esto sugiere que la responsabilidad que el perito puede tener puede ser mayor que la que en realidad contempla la legislación procesal canónica y puede llegar a tener una incidencia bastante relevante. Una revisión de estas cuestiones en atención a la importancia que cada día cobran los dictámenes periciales no sería un esfuerzo inútil si así se refuerza el control de esta figura procesal y se garantiza una verificación más exhaustiva de sus presupuestos, permitiendo reflejarlo en la normativa codicial.

3.2. Responsabilidad civil

Como el perito es un profesional que ofrece unos servicios, perfectamente podría llegar a actuar de manera negligente o culposa y, por tanto, incurrir en responsabilidad civil. Puede provenir, por tanto, de una acción o de una omisión, si, por ejemplo, no realiza el dictamen tal y como se comprometió o si lo entrega con retraso, fuera del plazo estipulado. Esto puede ocasionar daños y perjuicios a las partes, de los que debe responder por sí mismo. Pero no se le puede reprochar de ninguna manera como algo contrario a su cometido el hecho de que el perito no llegue a unas conclusiones y resultados ciertos, pues es posible que, a pesar de haber manifestado una actitud fiel y comprometida con el fin encomendado, la imposibilidad de acceder a ciertos datos, elementos o informaciones puede justificar esa carencia en su dictamen y eximirle de cualquier responsabilidad al respecto.

Ahora bien, para aquellos casos en los que sea razonable exigir al perito el cumplimiento del débito según lo objetivamente acordado, no encontramos en la LEC ninguna disposición que regule esta actuación negligente o culposa de la que derivaría responsabilidad civil.

Ciertamente, al perito se le podría asemejar con cualquier otro profesional vinculado con sus clientes por medio de una relación contractual a tenor de lo dispuesto en el art. 1101 CC, aunque esta consideración ha venido a ser muy discutida entre la doctrina procesalista. De hecho, nos parece algo evidente que, en el caso de que las partes aporten junto con la demanda y la contestación un informe pericial, estaríamos hablando de una relación contractual entre las partes y el perito, donde en ese arrendamiento de servicios se genera la obligación de cumplir con el encargo o de responder civilmente en caso de incumplir las cláusulas acordadas. Recordemos cómo el art. 1544 CC contempla que “*en el arrendamiento de obra o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto*”. Y lo mismo que se dice para el dictamen pericial de parte se puede trasladar al perito designado judicialmente en la medida en que éste, de forma voluntaria, se inscribe en su correspondiente Colegio profesional y consiente ante la posibilidad de ser escogido según el sorteo entre los miembros colegiados o asociados en lista dispuestos a actuar como peritos (cf. art. 341.1 LEC)³⁹³.

Así pues, igual que no se contemplan estos supuestos de responsabilidad civil, tampoco en la LEC se regula un procedimiento específico para poder exigir esta responsabilidad por no haber cumplido fielmente con el encargo. Al respecto algún autor ha indicado la conveniencia de acudir a las reglas del juicio ordinario que corresponda según la cuantía reclamada en la demanda que se dirija contra el perito³⁹⁴, quedando dicha demanda condicionada al hecho de que la sentencia que se haya dictado en el proceso en el que se elaboró el dictamen pericial adquiriera firmeza, como

³⁹³ En ambos casos se permite conocer con antelación la contraprestación económica que recibirá el perito en caso de realizar el examen y la parte podrá barajar su interés en contratar sus servicios en el caso de libre designación o renunciar al peritaje una vez designado por el órgano jurisdiccional (art. 342.3 LEC), quedando sin efecto la relación contractual del perito para con las partes o el juzgado.

³⁹⁴ Cf. PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso...* o.c., p. 68.

consecuencia de que el daño o perjuicio proviene del pronunciamiento judicial que tuvo en cuenta el informe inexacto, erróneo o desacertado³⁹⁵.

Conviene mencionar que en el marco de los procesos de familia se ha demandado a algún perito privado alegando que con las conclusiones extraídas –sobre todo si estas resultan perjudiciales para la parte en cuanto a la consecución de sus pretensiones– se ha atentado contra el derecho al honor de la parte examinada. Sin embargo, no ha sido estimado, como ocurrió en la STS 127/2011 de 3 marzo³⁹⁶, concluyendo que *“el informe psicológico, si bien había sido confeccionado a instancia de una sola de las partes en litigio, iba a desplegar plenos efectos en el conflicto matrimonial existente entre ellas, al presentarse como prueba pericial en el acto de la vista de las medidas provisionales previas a la demanda solicitadas por la peticionaria del mismo y ratificarse en ese mismo acto por su autora, conflicto en el que la consideración de la situación de la pareja a efectos de decidir sobre las medidas a adoptar en relación con los menores es inescindible y en el que el profesional de la psicología debe ofrecer al juzgado cuantos datos tenga en su poder a los efectos de que el juez pueda dar respuesta a las cuestiones planteada”*, de modo que finalmente se consideró que la libertad de expresión prevalecía sobre el derecho al honor del demandante, dado que el grado de afectación de la primera es relevante y el grado de afectación del segundo es débil³⁹⁷.

³⁹⁵ Esto no comporta, bajo ningún concepto, que se modifique la sentencia firme.

³⁹⁶ STS 127/2011 de 3 de marzo (ROJ STS 1796/2011).

³⁹⁷ En la misma línea resolvió la Sección 4ª de la AP de Murcia, por Sentencia núm. 63/2005 de 2 marzo, donde el fundamento del recurso a la sentencia de instancia se basaba en que el dictamen pericial se había excedido en su contenido al imputar al recurrente por malos tratos con evidente vulneración de su derecho al honor. La sentencia de la Audiencia Provincial concluía rechazando que hubiera existido una intromisión ilegítima de la psicóloga en el derecho al honor del actor, constatando que *“el informe se realiza en el curso de un proceso de separación matrimonial y con la finalidad de su incorporación al mismo para su valoración por el Juez de Familia. Entendemos que el contexto en el que se emite y el destino a que va dirigido, constituye, sin duda, un elemento importante en tal sentido. Por otro lado, el citado informe que en definitiva trata de averiguar las causas generadoras del estado emocional de los menores, debe conceptuarse como un dictamen basado tanto en las entrevistas directas y personales de su autora con dichos menores, como en una abundante serie de antecedentes y documentación que se acompañan con la demanda y que la sentencia apelada valora correctamente, tratando de conjugar y compaginar la inevitable subjetivación que el honor comporta con las circunstancias y datos objetivos concurrentes, sin olvidar, como antes decíamos, el contexto en el que se emite dicho informe y la finalidad perseguida con el mismo, cual es su aportación e incorporación al correspondiente proceso matrimonial. En consecuencia, entendemos que la referencia a esos malos tratos se efectúa en el contexto que comentamos, en función de la propia narración de los menores, y en atención además a los citados antecedentes médicos*

En el ordenamiento canónico, si de por sí no se hacía mención a responsabilidad alguna por parte del perito, menos aún podemos esperar que exista un procedimiento específico para exigirla. Ahora bien, al igual que ocurría con la legislación procesal civil, y tal y como indicábamos en párrafos anteriores con la remisión a las reglas previstas para otros profesionales, también en el orden canónico podemos considerar esta disposición de la Instrucción *Dignitas Connubii* compatible en los mismos términos: “*Quienes causan a otro ilegítimamente un daño por cualquier acto realizado con dolo o culpa, están obligados a reparar el daño*” (art. 111. 3 DC). Y aunque ciertamente este precepto se convierte en un mandato, no deja de quedar muy restringida la capacidad de exigir, por parte del tribunal, que el perito repare el daño causado. Más bien, ante la imposibilidad de ejecutar una acción que permita el resarcimiento de daños causados, se activarán únicamente los mecanismos para apartar a ese perito de la colaboración que prestaba en el tribunal, una potestad que puede ejercer libremente con plenos efectos en el funcionamiento interno del proceso judicial.

No obstante, podemos pensar que una solución para poder tener un control mayor sobre la actividad de los peritos podría ser que los Tribunales exijan que éstos se encuentren colegiados y dependientes de su respectivo Colegio Profesional, de manera que, en caso de que hubiera alguna conducta del perito de la que derivara una responsabilidad, independientemente del resarcimiento por los daños causados, se podría notificar al Colegio al que perteneciera para que éste pudiera abrirle, al menos, un expediente disciplinario.

3.3. Responsabilidad disciplinaria

Atendiendo a la función del perito en los procesos civiles y a la responsabilidad disciplinaria en que pudiera incurrir, debemos anotar que ésta puede exigirse de forma cumulativa y paralela a la responsabilidad civil o penal. La iniciativa para reprobar estas conductas y activar los mecanismos correctores en materia disciplinaria puede provenir del Tribunal que esté conociendo el proceso donde se presente el dictamen (independientemente de que haya sido nombrado de oficio o por alguna de las partes) o

existentes en los que la sospecha de malos tratos constituye un lugar común, tras las exploraciones psicopatológicas efectuadas y tras las pruebas psicométricas y proyectivas practicadas” (Roj SAP MU 515/2005).

también por alguna de las partes que pueda sentirse perjudicada por la incompetencia e impericia del que emite el informe pericial³⁹⁸.

Dos son las normas que vienen a regular esta responsabilidad: la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil. La primera indica la procedencia de la sanción y la cuantía de la misma cuando los peritos “*faltaran en la vista y actos judiciales de palabra, obra o por escrito a la consideración, respeto y obediencia debidos a los Tribunales, cuando sus actos no constituyan delito*” (art. 193 LOPJ) y previendo una multa cuyo límite de la cuantía será “*la más elevada prevista en el Código Penal como pena correspondiente a las faltas*” (art. 102 LOPJ).

Además, encontramos también en la LEC medidas sancionadoras previstas en caso de que el perito sea citado a comparecer al juicio o a la vista e incumpla este deber de acudir previsto en el art. 292.1. También para reprender esta conducta se establece una multa correspondiente y se alude a la posibilidad de proceder contra el perito por el delito de desobediencia a la autoridad en caso de que siendo nuevamente citado, vuelva a reiterar su ausencia, lo que entraría propiamente dentro del ámbito de la responsabilidad penal.

Cabe destacar, además, que independientemente de las sanciones disciplinarias que pueda imponer el órgano jurisdiccional correspondiente, también los Colegios profesionales a los que pertenecen los peritos pueden iniciar un expediente disciplinario³⁹⁹. Recordemos que estos ejercen una función de control deontológico para ordenar el ejercicio de la profesión⁴⁰⁰.

En el ámbito canónico las faltas disciplinarias por parte de los peritos serán valoradas en particular y para cada caso en concreto por el Juez Presidente, de manera que, no existiendo una declaración expresa por parte de la normativa codicial sobre

³⁹⁸ Los Colegios profesionales, conforme establece la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales, (última modificación por Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio), establece en su artículo 5. i) que estos Colegios tienen la obligación de “*Ordenar, en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial*”.

³⁹⁹ Cf. art. 6. 3 g) Ley 2/1974, de 13 de febrero, *de Colegios profesionales*.

⁴⁰⁰ A pesar de que a nivel europeo se ha presionado al Gobierno español para sacar una normativa nueva que redujera el número de profesiones para las que se prevé una colegiación obligatoria, se decidió mantener los colegios profesionales y retirar el anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios profesionales.

cómo se ha de proceder llegado el caso, se entiende que el juez obrará según su saber y entender y de manera proporcional a la gravedad del asunto. Ahora bien, creemos que, quizá, esta ausencia de regulación podría ser reemplazada por lo que se establece en el Código para las profesiones de abogado y procurador. Recordemos cómo en el c. 1487 se prevé la posibilidad de rechazar mediante decreto, de oficio o a instancia de parte, a un procurador o abogado cuando exista causa grave. No obstante, esta causa grave puede encontrarse enraizada en un comportamiento deshonesto por parte de estos profesionales pero también puede constituir una causa que ambos pueden no controlar ni conocer pero su presencia es la que podría conllevar un perjuicio grave para el proceso o para otros relacionados con él directa o indirectamente. Generalmente, por las apreciaciones interpretativas de algunos procesalistas, estas causas graves tienen una connotación claramente negativa, pudiendo consistir en comportamientos obstruccionistas sistemáticos de la justicia, el desprecio pertinaz al tribunal⁴⁰¹, y tantas otras que se nos ocurren por la experiencia a pie de los Tribunales Eclesiásticos, cuando un abogado pretende litigar con métodos y tácticas agresivas o simplemente incumple alguna obligación grave de hacer o no hacer algo⁴⁰².

Por eso, ante la falta de regulación de medidas disciplinarias para corregir corruptelas procedentes de la actividad de los peritos, al menos de momento bien se podría hacer una interpretación extensiva de los cánones referidos a la mala praxis de los abogados y procuradores. De hecho, los Tribunales suelen contar con un elenco permanente de peritos de confianza a quienes remiten a los sujetos que han de ser periciados, de manera que en esa mutua, neutra y cordial relación, si se apreciaren comportamientos carentes de lealtad, claramente abusivos o contrarios a la verdad, el tribunal podría dejar de requerir sus servicios y eliminarlo del listado de peritos de referencia. Por ejemplo, se establecen en el c. 1488 CIC las consecuencias de pactar emolumentos excesivos o *“prevaricar de su oficio por regalos, promesas o cualquier otra causa”*⁴⁰³, y añade el art. 110 de la DC también la renuncia al mandato sin justa

⁴⁰¹ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *La Instrucción “Dignitas Connubii ... o.c.”*, p. 108.

⁴⁰² En este aspecto ya ha habido algún Tribunal que ha impedido el ejercicio de algún abogado en el Tribunal Eclesiástico por transgredir, por ejemplo, el precepto del art. 235, 2 DC, *“Los abogados tienen la obligación grave de no entregar copia total o parcial de las actas a otros, ni siquiera a las partes”*, previsto precisamente para evitar problemas y daños morales irreparables fundamentalmente.

⁴⁰³ Hemos de señalar que esta expresión no está bien utilizada en la normativa canónica, dado que el término más apropiado respondería al cohecho más que a la prevaricación, pues encajaría

razón, cuando aún está pendiente la causa. El art. 111 DC entra a regular directamente el sistema de sanciones que se aplicarían cuando se faltara a ciertos deberes morales o se abusara de su poder. Incluso, resulta muy significativo el párrafo 2º del mismo artículo, pues de su redacción se desprende la intención de comprender con amplitud diversas conductas reprobables: *“Si resulta que los mismos no están a la altura de su oficio por impericia, pérdida de la buena fama, negligencia o abuso, el Obispo Moderador del tribunal o el grupo de Obispos deben proveer adoptando las medidas adecuadas (...)”*.

Pensemos, a raíz de esto último, que en ocasiones el abuso proviene de una usurpación de las funciones propias del juez en materia de decisión y que, pese a las advertencias del juez por reconducir su actitud, todos los esfuerzos pueden resultar en vano. Esto ocurre con más frecuencia de la que pensamos, en ocasiones con un mensaje más claro y en otras más encubierto, en cuyo caso termina casi imponiéndose sobre el criterio de los jueces. Entendemos que esta particular conducta debería ser de algún modo sancionada si tras alguna amonestación previa el perito se mostrara reincidente.

Cómo negar, por tanto, que estas situaciones podrían producirse en el transcurso del ejercicio profesional del perito, y que, aún sin una regulación específica que contemplara estos supuestos para la figura del perito, el Tribunal dispondría perfectamente de un referente eficaz en base a lo dispuesto para otros operadores jurídicos como remedio para suprimir cualquier falta que se produjera en este sentido. No obstante, no nos convence que haya que aceptar que para los peritos no se contemple una regulación específica teniendo que recurrir a otros preceptos previstos para otras figuras. Por eso, sería importante que, dada la trascendencia que puede terminar teniendo un perito en un proceso, eso se reflejara también a la hora de diseñar medidas de control de su ejercicio⁴⁰⁴. De hecho, no sería descabellado pensar que, de cara a una futura reforma de la normativa codicial, se pudiera incorporar este régimen disciplinario y se hiciera una mención detallada de aquellas conductas que pueden entrañar un serio problema para el desempeño de una correcta función jurisdiccional.

mejor en esa aceptación o solicitud de una dádiva como contraprestación por hacer u omitir algo que esté relacionado con su cargo.

⁴⁰⁴ Esto repercutiría positivamente, sin duda, en la aceptación con menos recelo de las pericias psicológicas y psiquiátricas por parte de algunos jueces. Muchas veces las reticencias provienen de que no existen mecanismos ni instrumentos de control que garanticen la reprobación de las actitudes de los peritos con objetividad, de manera que el juez goce de mayor libertad para vincular la credibilidad de un dictamen al proceder resultante del perito.

4. Tipos de peritos en los procesos de familia

Antes de entrar a hablar de los aspectos característicos de la pericia como medio de prueba y de la tipología, es necesario que nos detengamos en el autor que materializa los hechos objeto de peritaje, dándoles forma tras un proceso de análisis y valoración que concluye en el dictamen pericial. Esta denominación es utilizada con mucha más frecuencia en la Ley que otras alusiones a la persona del perito, lo que nos hace entender que se atribuye mayor importancia al documento resultante que al sujeto que lo elabora⁴⁰⁵. Sin embargo, para nuestro estudio esto no resta relevancia alguna dado que estamos analizando la figura del autor y el resultado final de una forma paralela, pues el perito lleva al dictamen y éste viene a ser el producto de aquél.

Según la regulación de la pericia en la LEC se puede realizar la clasificación de los peritos obedeciendo a una serie de criterios diversos:

- ***Por la forma de designación.*** Nos referimos a los *peritos de parte* y a los *peritos judiciales*. Los primeros son aquellos que presenta la parte y los segundos los designados por el juez a propuesta de la parte (se corresponde con la doble clasificación de peritos judiciales y extrajudiciales que admite la legislación canónica). Al hilo de esta cuestión se ha discutido sobre la compatibilidad de estos dos tipos de pericias en atención al nexo disyuntivo⁴⁰⁶ “o” del texto del art. 335 de la LEC, dudando si se podía solicitar la designación de un perito judicial sobre una pericial aportada mediante una pericial de parte. La interpretación mayoritaria concluye a favor de no excluir ambas pruebas, entre otras razones porque de este modo se garantiza mejor el derecho de defensa de las partes. No obstante, eso no quiere decir que se deba generalizar la práctica de solicitar la designación judicial del perito al mismo tiempo que se presenta un dictamen de parte, pues, dado que sobre estos dictámenes de parte recae la sospecha de parcialidad, constituiría un riesgo que el litigante buscara por este medio un refrendo del dictamen presentado⁴⁰⁷. A modo de conclusión y como se ha señalado a este respecto, “*no existiendo una prohibición expresa en la Ley sobre*

⁴⁰⁵ Cf. GUTIÉRREZ MUÑOZ, S.M., *La prueba pericial...* o.c., p. 10.

⁴⁰⁶ Al mismo nexo también se le ha reconocido un sentido cumulativo, favoreciendo así el derecho de prueba de las partes y haciéndolo totalmente compatible con la redacción del art. 339 LEC-2000. Cf ARAGONESES MARTÍNEZ, S. et al., *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, Madrid, 2004, p. 109.

⁴⁰⁷ Cf Ibidem, p. 109.

este extremo, no podemos negar la compatibilidad entre ambas pruebas por cuanto la solicitud de designación judicial puede tener diferentes justificaciones, entre ellas, por ejemplo, completar la pericial ya entregada en aquellos extremos negados por la otra parte o poder ampliarla a aquellos extremos a los que no pudo tener acceso la parte solicitante por haberlo negado la parte contraria, solicitando mediante esta pericial que el juez obligue a la parte a autorizar dicho acceso”⁴⁰⁸.

En los procesos matrimoniales con menores, por ejemplo, se sabe que, independientemente de aquello que las partes puedan aportar proveniente de otros especialistas, el juez, de oficio, podrá buscar un informe que le aporte una visión objetiva sobre el asunto, de manera que en sí mismo proporcione algunas pautas de actuación que sean más acordes con la resolución más equitativa y justa. Generalmente acudirá al Equipo Psicosocial adscrito al juzgado pero puede acudir igualmente a profesionales independientes que hayan mostrado su disponibilidad al servicio de los Tribunales.

- ***Por la condición del sujeto.*** Esta clasificación básica responde a la individualidad o colectividad de quien realiza la pericia, por tanto, podemos hablar de perito como *persona física* y perito como *persona jurídica*. En el primero de los casos se exigirá que el sujeto se identifique y acredite los conocimientos logrados por la adquisición de algún título oficial o explique el origen de su conocimiento si se trata de una persona simplemente entendida en la materia. Por otra parte, escuchar hablar de perito como *persona jurídica* puede resultar algo extraño, si bien no cabe olvidar que esa persona jurídica está compuesta por personas físicas, que son las que plasman sus conocimientos técnicos en el dictamen pericial. La LEC recoge esta posibilidad en el art. 340. 2 y 3, admitiendo que puedan pedirse informes periciales de “*Academias e Instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas aquellas personas jurídicas legalmente habilitadas para ello. En los casos del apartado anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán*

⁴⁰⁸ Cf. GUTIÉRREZ MUÑOZ, S.M., *La prueba pericial...* o.c., p. 23.

directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el apartado segundo del artículo 335". Al igual que ocurría para las personas físicas, también cabe la posibilidad de exigir a la persona jurídica que identifique a los sujetos que la forman y acredite los conocimientos especiales que posee⁴⁰⁹.

- ***Según la naturaleza de la información.*** La distinción se orienta en una doble dirección: el *peritaje objetivo* y el *peritaje de opinión*. Como la misma palabra indica, "objetivo" hace alusión a la falta de subjetividad, permitiendo que una acción se desarrolle con la mayor transparencia y de un modo comúnmente reconocido por todos. En el caso de la prueba pericial, hablar de su carácter objetivo remite a la utilización de una metodología totalmente neutra de cuyos experimentos se esperan unos resultados concretos. En esta actividad se excluye, por tanto, una intervención parcial del perito. Sin embargo, el *peritaje de opinión* recoge aquellas valoraciones del perito sobre los hechos o situaciones que, a su juicio, gozan de relevancia y pueden aportar información útil a la causa⁴¹⁰. A través de estas valoraciones, el perito puede elaborar una idea lo más aproximada a la realidad acerca de lo que pudo producir el hecho o lo que aún pudiera acontecer por la influencia de la causa detectada. Resulta difícil reconocer y distinguir el peritaje en función de ambos criterios mencionados, dado que, si se pide que el perito sea totalmente imparcial en sus conclusiones, admitir el componente de la valoración subjetiva vendría a contradecir el principio de objetividad e imparcialidad que debe caracterizar el dictamen pericial. Lo más común es que, junto a la objetividad de las conclusiones, el perito añada su parecer con cierta carga subjetiva; por tanto, la frontera entre estos dos tipos quedaría bastante difuminada⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Cf GUTIÉRREZ MUÑOZ, S.M., *La prueba pericial...* o.c., p. 24.

⁴¹⁰ Cf Ibidem.

⁴¹¹ A este respecto, habría que pensar en el supuesto de que un paciente estuviera siendo atendido a nivel psicológico o psiquiátrico por un profesional en el ámbito de la sanidad pública o privada, y se le pudiera requerir a este último para aportar sus conclusiones sobre lo que él viene apreciando del seguimiento de su paciente. Ciertamente, la subjetividad en este peritaje puede ser mayor teniendo en cuenta la relación existente entre el profesional y el paciente, mucho más si esta, además, se ha prolongado durante bastante tiempo. Aún así, teniendo en cuenta las fuentes de conocimiento y su aplicación práctica en el supuesto concreto, se considera que la intervención de este profesional sería, cuanto menos, útil y necesaria para el proceso.

En los procesos matrimoniales civiles, junto a los peritos actúan los equipos psicosociales, que pueden también clasificarse en dos grupos en virtud de su vinculación con el Juzgado y de la forma en que se canaliza su colaboración. De esta manera, podemos encontrarnos con:

a) **Equipos adscritos a los juzgados de Familia.** Estos, a su vez, y dependiendo del número de población censada en una ciudad, van a atender todos los casos de familia que haya en los distintos juzgados. Pero puede ocurrir también que en otras localidades los equipos se trasladen allí donde les requieran, porque no existen suficientes equipos en proporción con el número de juzgados. Esto plantea una problemática relacionada con el retraso en la elaboración⁴¹² y entrega de los dictámenes⁴¹³, de manera que la crisis familiar se prolonga en tanto no llegue este dictamen para poder dictar la sentencia, lo que cuestiona hasta qué punto es imprescindible el dictamen de especialistas y si el propio juez no puede suplir con sus conocimientos los esperados resultados del dictamen.

b) **Equipos que colaboran con la Administración de Justicia.** Este es el caso de aquellas localidades donde aún no existen Juzgados de Familia y se determina que las funciones del Equipo Psicosocial las asuman los psicólogos que dependan de Ayuntamientos o de otras instituciones, de manera que puedan cubrir estas deficiencias⁴¹⁴. Ahora bien, la reputación de estos profesionales a

⁴¹² Resulta significativo recurrir a los medios de comunicación para hacerse una idea de las ocasiones en los que el informe del equipo psicosocial ha sido un obstáculo y ha impedido un discurrir fluido de las labores judiciales. En 2012 se criticaba que los equipos psicosociales de los Juzgados de Familia de Zaragoza acumulaban hasta 300 informes. La solución aparente pasaba por ampliar la plantilla, como propuso el Gobierno de Aragón. Y la justificación de los retrasos llegaba al culpabilizar a la recién aprobada Ley de Custodia Compartida que había incrementado el número de asuntos. Ahora bien, el problema puede atenuarse pero no desaparecer, lo que conlleva el riesgo de que en un tiempo vuelvan a colapsarse los Equipos Psicosociales si no se hace una criba en los asuntos que verdaderamente requieren ese dictamen (Cf. www.aragondigital.es/noticiaMovil.asp?notid=98935 [consultado el 8 de abril de 2015]).

⁴¹³ Para combatir estos retrasos, en algunas Comunidades Autónomas se ha previsto recurrir a externalizar las pruebas periciales y encomendárselas a empresas que disponen de psicólogos contratados (Cf. CUENCA ALCAINE, B., “Los dictámenes psicosociales en los procesos de familia”, disponible en: www.noticiasjuridicas.com [Consultado: 5 de abril de 2015]).

⁴¹⁴ Cuando la Consejería de Justicia de Andalucía se planteó que una empresa privada prestaría los servicios correspondientes a los Equipos Psicosociales en sustitución de estos, en aquellos casos procedentes de violencia de género, hubo jueces que se pronunciaron en contra de esta medida alegando que los datos que se recaban son muy íntimos y se trata de un terreno muy personal y delicado, mostrando así su recelo a la hora de confiarles semejante labor (Cf. Justicia deja sin personal la atención a las víctimas de violencia de género, disponible en:

nivel científico y técnico se presenta bastante dudosa si advertimos que los mismos pueden dedicarse también a otros asuntos de áreas distintas a la de familia. Por tanto, un síntoma más de que este tema es bastante controvertido lo encontramos en el hecho de que incluso quienes aplican la ley se sirvan de estas soluciones poco ortodoxas para cumplir con un trámite que ni siquiera el Código Civil considera como obligatorio.

En el **ámbito canónico**, se establece una clasificación tripartita en base a tres elementos:

- ***Por su realización dentro o fuera del juicio.*** Hablamos de *peritos judiciales*, si intervienen mediando la petición del juez (cc. 1574-1575 CIC) para determinar la naturaleza de una cosa o probar unos hechos, constituyendo propiamente una prueba judicial; por otro lado, los *peritos extrajudiciales*, que actúan fuera del juicio si bien su dictamen se aporta al proceso (c. 1575 CIC: “... *si fuese oportuno, asumir los dictámenes ya elaborados por otros peritos*”), con un valor relativo y similar al de una prueba testifical. En los procesos matrimoniales, concretamente en los de nulidad matrimonial, para ciertos motivos invocados a favor de la nulidad, de no pedirlo las partes, los jueces tienen el deber de solicitar la práctica de la pericia, lo que no obsta para que convivan dictámenes solicitado de oficio y aquellos que pudieran aportar las partes.
- ***Por la forma de aportarlo.*** Distinguimos entre los *peritos necesarios* y los *voluntarios*, siendo los primeros aquellos que actúan por prescripción del derecho o del juez (c. 1574 CIC: “*Se ha de acudir al auxilio de peritos siempre que, por prescripción del derecho o del juez...*”⁴¹⁵), mientras que los segundos dependen de la proposición de las partes y posterior aceptación del juez (c. 1575 CIC: “... *después de oír a las partes o a propuesta de ellas*”). En los procesos de nulidad matrimonial ya hemos constatado esta necesidad según qué capítulos se aleguen y sean admitidos por el Tribunal. En otros casos es posible que las partes convengan en la necesidad particular de su aportación para mejor defender sus intereses sin que ello venga impuesto por el Derecho.

<http://www.malagahoy.es/article/malaga/644334/justicia/deja/sin/personal/la/atencion/las/victim as/violencia/genero.html> [Consultado: 9 de abril de 2015].

⁴¹⁵ Cf. art. 203 par. 2 DC.

- ***Según el sujeto al que asesoran***, denominando *públicos* a los que asesoran al juez (bien sean necesarios o voluntarios) y *privados* si asesoran a las partes e intervienen a propuesta de ellas con la aceptación del juez (c. 1581 § 1 CIC: “*Las partes pueden designar peritos privados, que necesitan la aprobación del juez*”). Los peritos públicos, aunque sean propuestos a instancia de parte, han de ser nombrados por el juez; no así en el caso de los peritos privados, que los elige la parte y posteriormente solicita que el juez los admita⁴¹⁶. La previsión de la figura del perito privado en el ordenamiento canónico ha sido una de las principales novedades del Código, entendiendo que pueda considerarse como una oportunidad de completar la proposición de pruebas y de favorecer a las partes la defensa de sus pretensiones.

Concretamente, en las causas de nulidad matrimonial, no es extraño que alguna de las partes acuda tras la ruptura a un profesional de la Psicología en consulta privada o incluso proveniente de la atención en un Centro de Orientación Familiar. Podemos encontrarnos, por tanto, con un perito extrajudicial que elabora un informe que se aporta al proceso en la forma de dictamen o con un perito privado que el juez admite para que asista a la realización de la pericia judicial. Vemos, por tanto, una combinación de alternativas variada para no desatender la defensa de los intereses de las partes y proporcionar al juez mayores datos sobre la verdad del vínculo matrimonial.

5. Capacitación de los peritos en los procesos matrimoniales

También el tema de la capacitación del perito ha suscitado en ocasiones interrogantes diversos sobre si a éste le tiene que respaldar una titulación académica determinada, o si no se requiere de un título oficial para emitir un dictamen. Al respecto debemos señalar que la legislación procesal civil contempla un precepto sobre dicha capacitación, de manera que se verifique que el perito posee un título habilitante para ejercer como tal. Veremos, no obstante, cómo la legislación procesal civil alude a una reglamentación de la profesión que, en cierta medida, asegura la eficacia probatoria del dictamen pericial.

⁴¹⁶ Cf. DE LANVERSIN, D., “De momento peritiae instituendae in processibus matrimonialibus recentioribus”, en: *Periodica*, 73 (1984) pp. 585-586.

Examinando ahora lo que la legislación procesal civil prevé sobre la capacitación del perito encontramos que también se ha producido una considerable evolución. Nos referimos concretamente al artículo 340. 1 LEC sobre el perito designado judicialmente. Mientras que en la legislación procesal anterior de 1881, su artículo 615 permitía designar un perito no titulado si es que previamente se constataba que no hubiera titulados *“en el partido judicial, si las partes no se conforman en designarlos de otro punto podrán ser nombradas cualesquiera personas entendidas o prácticas, aún cuando no tengan título”*, en la normativa vigente no se mantiene ninguna de esta doble condición (territorial y voluntad de las partes), sino que el art. 340. 1 LEC, si bien exige titulación específica en función de la materia de que se trate, también admite de modo excepcional que en casos concretos se cuente simplemente con personas entendidas: *“Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias”*. A pesar de contemplar la posibilidad de aceptar como peritos a personas que carezcan del título oficial en aquellos casos en que no exista una titulación que responda a esa materia concreta, es evidente que la Ley prescribe la necesaria titulación para que los peritos puedan responder de unos conocimientos especializados en la materia sobre la que versa el proceso, de modo que no se da opción a elegir un perito entre dos alternativas: perito con o sin titulación, sino que, existiendo una clara diferencia entre ellos, el recurso al perito no titulado se entiende como un medio de carácter subsidiario⁴¹⁷.

Esta idoneidad, por tanto, radica en la posesión del correspondiente título que acredite disponer de conocimientos que puedan resultar útiles para el órgano juzgador. Ahora bien, se entiende que no sólo la titulación habilita para poder actuar, sino que es necesaria una especialización en la materia a partir de los estudios cursados, de manera que los expertos sean verdaderos especialistas en aquellas cuestiones que van a valorar y dictaminar por su experiencia en la práctica diaria. Por eso es conveniente recurrir a aquellos peritos que, pertenecientes a los correspondientes colegios profesionales, se encuentran inscritos en las listas que tomarán de referencia los Juzgados y Tribunales, llegado el momento de la designación judicial, aunque no se descarta que se pueda recurrir a otros profesionales que no se encuentren colegiados necesariamente.

⁴¹⁷ Cf. ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos...* o.c., pp. 108-109.

Por otro lado, en el art. 335 LEC, referido a los dictámenes aportados por la parte, no se establece la obligación de que el perito que los elabora posea una titulación oficial. De hecho, para ser más exactos, la redacción de este artículo contempla que “*las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes*”, dejando en manos de las partes, cuando son estas las que recurran a los peritos y presenten sus dictámenes en el juicio, la responsabilidad de corroborar previamente su debida cualificación. No se debe olvidar que precisamente este detalle no pasará desapercibido para el juez a la hora de valorar el dictamen⁴¹⁸, de manera que las partes se cuidarán de escoger un perito que no reúna estos mínimos.

Vemos, por tanto, cómo, en general, no existe ningún otro requisito fuera del título profesionalizante para desempeñar el oficio de perito ni ninguna otra restricción o impedimento para practicar la pericia. Otro tema serán las circunstancias que pudieran concurrir en el perito y que serían motivo de recusación o tacha para evitar que su participación pudiera encontrarse viciada o condicionada.

No obstante, nada dice la LEC sobre las consecuencias que recaen sobre la pericia en atención a su validez o nulidad si, por ejemplo, se demostrara que la persona que ha elaborado la pericia no disponía del título habilitante para ello. Podemos pensar que el juez simplemente podría ignorar dicha pericia y restarle peso e importancia en la valoración global de las pruebas. Por tanto, la carencia de título profesional podría conllevar la emisión de un dictamen sin las garantías debidas de fiabilidad, lo que se puede evitar si al momento de nombrar al perito, se comprueba la idoneidad del mismo o, incluso, si al llamarlo para pedir explicaciones o para que se ratifique en su informe, se verifica esta exigencia antes de que su falta de legitimación pudiera arrastrar serios inconvenientes de cara a la resolución judicial.

Aunque tampoco se dice nada en la LEC, creemos necesario que se haga referencia a las habilidades que deben presidir la actuación del perito cuando éste deba intervenir en la vista para exponer oralmente sus conclusiones o responder a las preguntas que eventualmente le hicieran las partes o sus defensores. Por eso, no se puede exigir únicamente un dictamen altamente cualificado si a la hora de exponerlo su breve lectura no resulta clara, liviana, amena y, lo más importante, si no consigue transmitir su propio parecer y convencer al juez.

⁴¹⁸ Cf. GUZMÁN FLUJA, V., “Del Dictamen de peritos”, en: AA.VV., *El proceso civil*, vol. III, Valencia, 2001, p. 2475.

Cierto es que el perito es un tercero neutral que aparece puntualmente en el proceso pero sin sostener las pretensiones judiciales de ninguna de las partes, y por tanto, deberá velar porque el juez asimile los resultados de su informe y les otorgue su consideración. En ocasiones se ha escuchado que si algo incomoda al órgano juzgador es encontrarse con Letrados que pretenden presentarse como eruditos y doctores del Derecho, buscando así, si cabe, mostrar una excesiva autoconfianza en el manejo de las estrategias procesales, encontrar su momento de gloria o reafirmar su superioridad intelectual. Pues lo mismo podría trasladarse a los peritos si estos intentaran servirse de estas formas para imponer su criterio. Algo así podría evidenciar un posicionamiento claro a favor de una de las partes, lo que haría sospechar al Juez de la existencia de alguna causa que hubiera permitido su recusación. En su calidad de moderador de la sala, el Juez puede reconducir las explicaciones del perito exigiéndole que no divague en sus conclusiones, que sea más preciso en la respuesta a las preguntas que le hagan y que omita actitudes o expresiones verbales que restan seriedad al carácter científico del dictamen.

En el ámbito de los procesos de familia encontramos una peculiaridad que merece ser resaltada y que entendemos ha de ser analizada a la luz de esta idoneidad que se requiere para ser admitido como perito. Cuando el art. 92. 9 CC refiere que el juez, antes de adoptar decisiones relativas al régimen matrimonial y familiar, debe recabar el dictamen de personas cualificadas, utiliza el término “especialistas”⁴¹⁹, de manera que está identificándolos con esas personas que cultivan o practican una rama determinada de un arte o ciencia, además de advertir que al utilizar la forma plural, no limita el número de sujetos que puedan intervenir en calidad de especialistas. Esta concreción y modificación de la terminología a utilizar nos parece ciertamente muy acertada, pues en el Proyecto de Ley por el que se pretendía modificar el Código Civil⁴²⁰ se había planteado el uso del término “facultativo”, algo que chocaba con la diversidad de figuras que podían intervenir en esta evaluación, pues parecía que sólo se pudiera recurrir a los servicios de un médico excluyendo cualquier otro especialista y además, al emplear el término en singular daba a entender que se estuviera excluyendo

⁴¹⁹ Artículo 92 redactado por el apartado ocho del artículo primero de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

⁴²⁰ Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio, publicado en el BOCD el 1 de diciembre de 2004.

también la posibilidad de que fueran más personas a las que se pudiera solicitar el informe. El precepto del art. 92. 9 CC no determina de qué clase de profesionales se puede servir el Tribunal, de manera que en este grupo pueden incluirse perfectamente, por conexión con el tema en cuestión, tanto médicos psiquiatras o pediatras, psicólogos, asistentes sociales o educadores de menores⁴²¹, pese a que, en la práctica, los psicólogos y asistentes sociales en el ámbito de los procesos de familia son los más solicitados.

En relación a los profesionales que integran los equipos psicosociales adscritos a los juzgados, quedaron definidos por el Convenio Colectivo del Personal Laboral al Servicio de la Administración de Justicia de 10 de Junio de 1996⁴²², que dos años después fue sustituido por el Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, de 24 de noviembre de 1998. En el Anexo de este último convenio se especificaba la función del psicólogo y la del trabajador social en los siguientes términos: el psicólogo Jurídico (forense) *“es el trabajador que con título universitario superior en psicología o especialidad en esta materia, bajo la dependencia funcional del órgano al que está adscrito, desempeña funciones de asesoramiento técnico en los Tribunales, Juzgados, Fiscalías y órganos técnicos en materia de su disciplina profesional. Su actuación se refiere a la exploración, evaluación y diagnóstico de las relaciones y pautas de interacción, aspectos de la personalidad, inteligencia, aptitudes, actitudes y otros aspectos de esta especialidad de las personas implicadas en los procesos judiciales. Así, también se solicita el correspondiente informe pericial psicológico por los respectivos responsables de los órganos citados, así como la colaboración con los restantes miembros de los equipos técnicos para el desarrollo de las citadas funciones”*. Y en relación al trabajador social: *“Es el trabajador que con titulación universitaria de Diplomado en Trabajo Social o Asistente Social, bajo la dependencia funcional del órgano al que esté adscrito, lleva a cabo su intervención profesional informando y asesorando técnicamente a los Tribunales, Juzgados, Fiscalías y órganos técnicos en materia de su disciplina profesional. Actuarán tanto a nivel individual como interprofesional, elaborando los*

⁴²¹ En noviembre del año 1983 se crearon diecinueve equipos de especialistas para los Juzgados de Familia que existían en ese momento: cuatro en Madrid y cuatro en Barcelona, dos en Bilbao, Valencia, Sevilla y Zaragoza, y uno en Málaga, Córdoba, Granada y La Coruña). Estos equipos adscritos a los Juzgados estaban compuestos por un psicólogo y un asistente social y en la actualidad se mantiene esta distribución. Ahora bien, esto no implica que se excluyan a otros profesionales distintos si el juez así lo necesita.

⁴²² Cf. BOE, 19 de junio de 1996, núm. 148, pp. 20170-20190.

informes sociales solicitados por los órganos mencionados, así como la colaboración con los restantes miembros de los equipos técnicos para el desarrollo de las mencionadas funciones”. La figura del educador que también se menciona como el profesional que “*desempeña funciones de asesoramiento en materia educativa de los Juzgados de Menores y Fiscalías, así como la elaboración de programas educativos solicitados acerca de menores implicados en procesos judiciales, y colaborará con los restantes miembros de los equipos técnicos para el desarrollo de las mencionadas funciones*”, aunque está vinculado a la actividad jurisdiccional, lo está en particular para los Juzgados de Menores, de ahí que las dos figuras que integran los equipos psicosociales para los procesos de familia sean el psicólogo y el asistente social.

En estos casos, sí será necesario que antes de iniciar su actividad, puedan acreditar que han recibido su formación específica y propia para poder cumplir con las funciones encomendadas, valorando muy positivamente que se tenga en cuenta un reciclaje y actualización de conocimientos por medio de un programa de formación continua para consolidar la capacitación inicial.

Por tanto, independientemente de que uno u otro de estos profesionales se torne más útil que otros, queda patente que la especialidad en una rama determinada de un arte o una ciencia se hace imprescindible para poder permitir a un sujeto intervenir en un proceso en calidad de experto.

Precisamente, ésta es una cuestión que suscita un debate sobre la cualificación y contratación⁴²³ de los profesionales de los Equipos Psicosociales. Los criterios utilizados para su selección no albergan garantías de excelencia ni de una preparación singular para desempeñar su cometido en el ámbito de los juzgados y tribunales, como es el manejo de la ciencia que opera en el ámbito de la psicología –principalmente a nivel infantil– para integrarla en los presupuestos jurídicos que aconsejan un

⁴²³ En el mes de marzo del año 2010 se producía en Málaga una paralización de los Equipos Psicosociales que atienden a las víctimas de violencia de género –quedando disponibles sólo para cubrir los casos más urgentes– dado que la Junta no había renovado el contrato de asistencia técnica a cuatro trabajadores sociales y a cinco psicólogos. La solución momentánea fue la de encargar a los Forenses del Instituto de Medicina Legal y a otro trabajador social del centro que hicieran los informes, si bien, no tardó en evidenciarse la incongruencia de esta decisión, cuando los Forenses se dedican a tareas de levantamiento del cadáver o a realizar peritajes tras un accidente de tráfico y no están acostumbrados ni tampoco tienen la experiencia requerida para realizar informes psicológicos o sociales (Cf. “Justicia deja sin personal la atención a las víctimas de violencia de género”, disponible en: <http://www.malahoy.es/article/malaga/644334/justicia/deja/sin/personal/la/atencion/las/victim/as/violencia/genero.html> [consultado el 9 de abril de 2015]).

determinado régimen de custodia con las consecuencias relacionales y emocionales que ello conlleva. Además, se ha criticado profundamente como aspecto muy negativo el *status* que posee el profesional del Equipo Psicosocial, pues viene a considerarse casi como un funcionario, aún sin serlo, algo que, por la dedicación horaria y el número de casos que deben examinar, no permite que se distribuyan entre un número mayor de profesionales peritos.

Hay que tener en cuenta que la cualificación no se encuentra sólo en el grado de conocimiento que posee un sujeto, sino también se mide por el volumen de trabajo que le permite una dedicación mayor o menor y, por ende, una realización más entregada y pausada o más superficial del examen de los periciandos y del posterior dictamen. Sin duda, consideramos que esto plantea la importancia de medir los recursos humanos no sólo desde la eficiencia en la gestión de los expedientes y en la celeridad que supone para la tramitación de los procedimientos de familia sino también en lo que respecta a la calidad de los resultados ofrecidos en cuanto ajustados a la verdad de los hechos.

En el ámbito de la normativa canónica, nada se dice sobre si se ha de exigir una titulación oficial a quien sea designado perito o si ha de comprobar que posea dicha titulación aquél que designen las partes o el que ha elaborado un dictamen que posteriormente admite el juez. En relación a las pericias elaboradas para causas canónicas, cabe comentar algunos detalles que se convierten en indicadores clave de este silencio normativo. En el ámbito de los procesos matrimoniales canónicos las ramas de especialización y utilizadas con mayor frecuencia son la médica (ginecología y urología, para casos de inconsumación del matrimonio, impotencia, esterilidad, etc.) así como la psíquica y psiquiátrica (causas de nulidad matrimonial tramitadas por el canon 1095, 2º y 3º CIC⁴²⁴). Resulta, pues, evidente y para nada cuestionable que para

⁴²⁴ La Iglesia, siendo consciente de los avances de las ciencias psicológicas y psiquiátricas, valoran favorablemente la aportación de las mismas para comprender el proceso humano del consentimiento, una actividad interna de naturaleza compleja y de serias repercusiones según el modo de su emisión. Por eso cobra especial importancia el c. 1680 CIC, dentro del apartado relativo a las pruebas en los procesos para declarar la nulidad del matrimonio (uno de los procesos especiales contemplados en la Parte III del Título VII del CIC), donde expresamente se impone el recurso al dictamen de Peritos en determinados casos: “*En las causas sobre impotencia o falta de consentimiento por enfermedad mental, el juez se servirá de uno o varios peritos, a no ser que, por las circunstancias, conste con evidencia que esa pericia resultará inútil*”. La práctica procesal canónica ha confirmado que basta con que sea un solo perito quien examine el caso y elabore el correspondiente dictamen. Llama la atención que aparezca una remisión concisa a las materias que podrían ser objeto de peritaje así como, indirectamente, haciendo referencia al tipo de procesos para los que pudiera resultar útil o necesaria. No obstante, para otro tipo de procesos en los que también se requerirá la asistencia de un Perito

este tipo de causas los expertos deban poseer la correspondiente titulación y habilitación para desempeñar un trabajo de este tipo, ya que se trata de cuestiones técnicas que debe examinar y valorar un profesional y que no puede dejarse a la libre apreciación de cualquier sujeto. Cabe destacar que, incluso, el Tribunal podrá requerir, además de los conocimientos técnicos exigibles de manera objetiva, otros requisitos o condiciones que estime convenientes, como una ideología fundamentada en la visión antropológica cristiana, plasmada en sus respectivas ideas y conclusiones⁴²⁵.

Concretamente, el párrafo 2 del art. 205 DC que “*para que el trabajo pericial resulte realmente útil en las causas por incapacidades de que trata el c. 1095, hay que poner el máximo cuidado en elegir peritos que sigan los principios de la antropología cristiana*”. Este párrafo viene a constituir una novedad, precisamente porque se hace eco de las reiteradas intervenciones del venerable Pontífice Juan Pablo II en los últimos años, en sus diversos discursos al Tribunal de la Rota Romana con motivo de la apertura del año judicial. Muchos autores, además, han señalado la conveniencia de que, junto a los principios de una antropología cristiana, los peritos se formen en unos conocimientos canónicos mínimos sobre el c. 1095 CIC⁴²⁶.

No obstante, la Instrucción *Dignitas Connubii*, consciente de la importancia de garantizar un servicio de colaboración con la justicia serio y competente, añade en su

como prueba a adjuntar en la defensa de las propias pretensiones no se hace una alusión explícita de la necesidad de practicar la prueba pericial, pero implícitamente se entiende que se ha de acudir a ella igualmente, dado que se remite a lo legislado para los procesos en general (p.ej. en el caso del proceso para la dispensa del matrimonio rato y no consumado, c. 1702 CIC, que establece: “*En la instrucción deben ser oídos ambos cónyuges y, en la medida de lo posible, han de observarse los cánones sobre el modo de recoger las pruebas en el juicio contencioso ordinario y en las causas de nulidad de matrimonio, siempre que puedan compaginarse con la índole de estos procesos*”).

⁴²⁵ JUAN PABLO II, en la Alocución a la Rota Romana de Juan Pablo II de 25 de Enero de 1988: “*En cada caso, cualquiera que sea la definición que den las ciencias psicológicas y psiquiátricas, ésta siempre debe ser verificada a la luz de los conceptos de la antropología cristiana, que se mantienen en la ciencia canónica*” (JUAN PABLO II, “Discurso a los auditores de la Rota Romana de 25 de Enero de 1988”, en: AAS 80 núm. 8 (1988), p. 1180).

⁴²⁶ Cf GARCÍA FAÍLDE, J.J., *La Instrucción “Dignitas Connubii” ... o.c.*, p. 184. Resaltamos el empeño de cumplir con esta exigencia por parte del Tribunal de la Rota de la Nunciatura de Madrid, que desde hace años viene organizando el llamado “Estudio Rotal”, dirigido a la obtención del Diploma de “Abogado Rotal” para todos aquellos abogados que quieran especializarse en temas relacionados con la nulidad del matrimonio canónico, estudiando las bases teológicas, antropológicas y canónicas del mismo. Dicho curso también se viene ofreciendo a los Psicólogos que prestan ayuda con su trabajo en los Tribunales Eclesiásticos Españoles, lo que en ocasiones sirve para realizar una discriminación a favor de estos psicólogos rotales que resultan preferibles y elegidos entre otros que no lo son.

art. 205 lo siguiente: *“Para actuar como peritos se debe elegir a personas que no sólo tengan certificada su idoneidad, sino que además gocen de prestigio por su ciencia y experiencia en la materia y sean recomendables por su religiosidad y honradez”*. La regla de la religiosidad tampoco se ha de considerar en sentido estricto y como condición *sine quae non* para escoger al perito adecuado: más vale probar que efectivamente destaca por su honradez profesional, ya que esto no siempre viene garantizado por la práctica religiosa⁴²⁷. Ahora bien, no cabe duda que la capacitación técnica y el conocimiento desde la práctica son dos componentes elementales que deben pesar también a la hora de elegir el perito o incluirlo en el elenco de peritos colaboradores. Respecto a esta cuestión, es evidente que la Instrucción PME se explicaba con más acierto y recogía con mayor amplitud los criterios necesarios para ejercer en el ámbito de los tribunales eclesiásticos. Así pues, expresaba el art. 142 § 2 DC que *“se elegirá para el cargo de peritos a los que no solamente tiene título legal de idoneidad, sino que descuellan también por su experiencia en la especialidad propia y gozan de fama de religiosos y honestos”*.

Estos requisitos guardan relación con el objeto mismo de los procesos matrimoniales y con lo que se busca con este tipo de pericia, como es velar por la verdad del vínculo matrimonial y defender su existencia, salvo que existan pruebas que no se puedan discutir ni cuestionar y que apunten claramente hacia la invalidez del consentimiento. Por eso no vale cualquier perito simplemente porque acredite poseer la titulación que le podría facultar para valorar unos hechos, sino que se exige que pueda valorarlos a través del prisma que ofrece una visión del hombre desde su singularidad y con la dignidad que le pertenece al ser considerado la obra más perfecta de la Creación. Por eso se tendrá en cuenta no sólo actitudes o hechos aislados sino éstos entendidos en esa simbiosis de naturaleza e inteligencia, una unidad psico-somática capaz de integrarse plenamente en su entorno social desarrollando una serie de habilidades afectivas, emocionales y relacionales.

Por último, creemos interesante mencionar lo que consideramos que también formaría parte de la capacidad del perito y que atiende fundamentalmente a sus cualidades personales, a pesar de que esta cuestión no viene contemplada en la normativa civil o canónica pero sí depende del Código deontológico profesional

⁴²⁷ Cf GARCÍA FAÍLDE, J.J., *La Instrucción “Dignitas Connubii ... o.c.”*, p. 183.

correspondiente⁴²⁸. Ciertamente, la labor del perito entraña un acercamiento particular a las circunstancias controvertidas del proceso y en los procesos de familia se hace más evidente, quizá porque a los especialistas que intervienen se les exige una sensibilidad mayor a la hora de tratar a los sujetos periciados, pues de la interacción creada dependerá también que se obtengan datos más fiables señal de la confianza que ha manifestado el periciado. Por tanto, las cualidades humanas y la habilidad social trabajada expresamente en orden a conseguir este fin son esenciales para que el escenario de la pericia se torne lo más agradable posible.

Además, a la hora de realizar el dictamen y también para que sea destacable su imparcialidad y objetividad, se requiere un cierto grado de franqueza en las conclusiones del perito, honradez a la hora de manejar los instrumentos propios y humildad para transmitir sus valoraciones desde su papel de colaborador con la justicia. Unido a esto, cuando el perito es llamado para ratificar su informe y comparecer ante el juez a efectos de que pueda explicar el contenido del dictamen, se presume que gozará de una mínima capacidad comunicativa y didáctica para saber cómo responder ágilmente ante preguntas que no estuvieran previstas o que resultaran sorprendentes, repetitivas o confusas⁴²⁹, así como cualquier altercado o careo que pudiera iniciar la parte contraria. Igualmente, la manifestación de un convencimiento pleno en aquello que expone y la seguridad en lo que transmite es clave para fortalecer los efectos de esta prueba en particular y en el conjunto del resto de pruebas practicadas.

6. Intervención preceptiva o facultativa del perito en los procesos matrimoniales

A la hora de utilizar los términos propios del derecho probatorio, concretamente en relación a la prueba pericial, debe tenerse muy en cuenta que no se pueden confundir

⁴²⁸ Dentro del área de la Psicología y como ejemplo, en el año 1987 se publicó el Código Deontológico del Psicólogo en España para que pudiera servir, conforme establecía su art. 1º, como una “*regla de conducta profesional en el ejercicio de la Psicología en cualquiera de sus modalidades*”, y entre ellas se encontraba la Psicología Forense. La Federación Europea de Asociaciones de Psicólogos (EFPA, *European Federation of Psychologists' Associations*) elaboró en el año 2001 un documento bajo el título “El Psicólogo europeo en el trabajo forense y como perito. Recomendaciones para una práctica ética” y supuso un referente básico y común para los psicólogos europeos en todos aquellos temas relacionados con los aspectos éticos y deontológicos en el ejercicio de la Psicología Forense (Cf. TORRES PÉREZ, I., “Aspectos éticos en las evaluaciones forenses”, en: *Revista de Psicología*, Vol. XXIV, 1-2 (2002) p. 72).

⁴²⁹ Cf. ROMERO, J.F., “La psicología forense desde el ámbito legal”, en: URRÁ, J., E VÁZQUEZ, B., *Manual de psicología forense*, Madrid, 1993, p. 226.

o usar con torpeza, de manera que, cuando hablemos de la pericia como la actividad procesal orientada a crear la convicción del juez, no la confundamos con el perito que es la persona física que se encarga de elaborar el dictamen. Ahora bien, también es cierto que, al hablar de la intervención del perito y de si es o no obligatoria, necesariamente tenemos que hacerlo depender, por un lado, de que la apreciación correcta de los hechos controvertidos exija conocimientos especializados o que la misma venga impuesta por requerimiento legal. Por tanto, si la pericia está aconsejada o su realización viene obligada por el Derecho, dará lugar a que el perito intervenga porque así lo pidan las partes o el propio juez lo estime conveniente en base a su necesidad o por obligación. En todo caso, la obligatoriedad que pueda recaer sobre la realización de una pericia no afecta a la libertad del perito, que puede rehusar a cumplir con el encargo al momento de ser propuesto para ello.

En este punto vamos a examinar cuándo nos encontramos ante supuestos o circunstancias sobre los que el órgano juzgador no se encuentra en condiciones de conocerlos o apreciarlos por sus propios medios, bien porque no se hallan al alcance de sus sentidos o bien porque su examen requiera de aptitudes técnicas que sólo pueden ser proporcionadas por disciplinas ajenas a los estudios estrictamente jurídicos.

En la LEC no se vislumbra una especificación de estas características ni, por lo general, se enuncian materias concretas en las que el empleo de la pericia se haga obligatoria, pero sí es cierto que para los procesos matrimoniales, sobre todo en los casos en que haya menores, el recurso a los especialistas se convierte en una recomendación que se deja al criterio del juez al igual que la designación de un perito externo si se considera pertinente. En principio, es de sentido común que el dictamen técnico resulta imprescindible cuando haya que determinar causas y efectos de un hecho, verificar si un hecho ocurrió o no, cómo se puede calificar, determinar sus características o incluso hacer una valoración económica. Pero hacerlo o no, en la jurisdicción civil, dependerá de que las partes encarguen ese peritaje por sí mismas y presenten los dictámenes al tribunal o pidan al Tribunal que éste designe a los peritos que deban elaborarlos. En todo caso, la legislación procesal ni exige ni prohíbe que la prueba pericial pueda practicarse, debiendo atenderse únicamente a lo que dispone para la designación judicial de perito a instancia de parte, estableciendo primero la regla de la “conveniencia” o “necesidad” de la emisión del informe pericial para sus intereses y después, cuando el juez deba valorar sobre su designación, la percepción más que

comprobación de que ese dictamen pericial solicitado será “pertinente y útil” (art. 339. 2 LEC).

No obstante, sí es verdad que en algunos casos se indica la conveniencia de su realización, como dispone el art. 339, 5 LEC: *“El tribunal podrá, de oficio, designar perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales”*. El hecho de que el artículo 339 LEC contemple que, en ocasiones, puede ser pertinente la pericia en los procesos matrimoniales lleva a caer en la cuenta de que no se trata de una materia cualquiera, pues no consiste sólo en emitir una declaración sobre el estado civil de las partes, sino además de valorar la situación en la que éstas quedan y su relación con los menores si los hubiere. De algún modo, con esta previsión legal se está constatando que los conocimientos jurídicos del juez en este tipo de procesos no dispositivos no bastan o no son suficientes para poder pronunciarse ante el asunto.

Así ocurre, claramente, en los procesos de familia cuando existen menores, previendo el art. 92. 9 CC que el juez, de oficio o a petición de los interesados, pueda recabar el dictamen de especialistas. Lo contempla como una posibilidad, si bien es verdad que en ningún momento se aprecia en el precepto un carácter imperativo, sino más bien facultativo. Ahora bien, en la práctica, la presencia de los menores conlleva que, aunque este dictamen de especialistas no haya sido contemplado ni regulado en la LEC, sí se recurra a la actuación de los equipos psicosociales por requerimiento judicial, y esto tanto si son las partes las que lo piden como si es el propio juez el que lo solicita por propia iniciativa.

La frecuencia con la que se utiliza este recurso hace pensar que esta práctica se ha convertido en una costumbre todavía no reglada, de manera que la ausencia de regulación procesal al respecto no ha impedido que, de forma casi automática, se apele al reconocimiento de la necesidad de servirse de ella. Esta práctica parece dar a entender que el juez solo no puede conocer ni especular sobre las consecuencias que su decisión tendría sobre los miembros de la unidad familiar, llegando a convertirse, casi en imprescindible, el poder contar con profesionales que de algún modo pueden adelantarle esos efectos, ponerlos en su conocimiento y, en la mayoría de las ocasiones, contribuir a paliar lo negativo que pueda conllevar. Más adelante debemos analizar si el tratamiento

que se le da a este dictamen es el propio y si su utilización viene justificada por su verdadera o no necesidad.

Por el contrario, el actual Código de Derecho Canónico mantiene el carácter preceptivo de la pericia sólo para los casos de impotencia y de vicio del consentimiento por enfermedad mental, como ya hemos señalado, lo que no impide que para otro tipo de procedimientos se acuda a la ayuda de los peritos, aunque expresamente no lo recojan las normas codiciales, pero sí se establezca en las normas particulares⁴³⁰. Esto lo confirma la Instrucción *Dignitas Connubii* al iniciar el apartado relativo a los peritos con la siguiente prescripción: “*En las causas sobre impotencia o sobre falta de consentimiento por enfermedad mental o por las incapacidades de que trata el c. 1095, el juez se servirá de uno o varios peritos, a no ser que, por las circunstancias, esto parezca evidentemente inútil*”. Dicho precepto matiza el c. 1680 CIC, haciendo extensible la necesidad de contar con un perito en todas aquellas incapacidades de carácter o naturaleza psicológica que puedan incluirse en la denominación del c. 1095 CIC (en su división tripartita). De hecho, a modo de interpretación o desarrollo de este precepto, en el Discurso del Santo Papa Juan Pablo II de 1987 se venía a exigir esta colaboración y ayuda de expertos en psicología y psiquiatría de manera que “*valoren según su propia competencia la naturaleza y el grado de los procesos psíquicos que afectan al consentimiento matrimonial, y la capacidad de la persona para asumir las obligaciones del matrimonio*”⁴³¹.

En la Codificación anterior, de 1917, además de precisar los casos en los que necesariamente había de intervenir un perito, se establecía un número concreto de profesionales para garantizar la validez y credibilidad de la pericia realizada (aunque para la generalidad de los casos se mantenía el criterio de dejar al arbitrio del Juez la determinación del número de peritos intervinientes según fuera la importancia del asunto)⁴³². El ejemplo lo encontramos en los siguientes casos :

⁴³⁰ Las normas particulares (que emanan de la Conferencia Episcopal, Provincia Eclesiástica, Diócesis) desarrollan los preceptos de carácter universal del Código de Derecho Canónico, regulando aspectos más concretos de la normativa en función del territorio, la praxis y la costumbre del lugar (Cf. GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho Procesal...o.c.*, p. 340).

⁴³¹ JUAN PABLO II, “Discurso a la Rota Romana de 5 de febrero de 1987”, en: *AAS* 79 núm. 12 (1987) p. 1454.

⁴³² Cf. MORENO HERNÁNDEZ, M., *Derecho Procesal ...o.c.*, p. 285.

- c. 1979 § 1 CIC'17: *“Para reconocer al varón deben designarse de oficio dos peritos médicos”*.
- c. 1979 § 2 CIC'17: *“Para reconocer a la mujer se designará de oficio a dos comadronas diplomadas; a no ser que la mujer prefiera ser reconocida por dos médicos, que han de ser asimismo designados de oficio, o que el Ordinario considere esto necesario”*.
- cc. 2031 CIC'17: *“Cuando sea necesaria la intervención de los peritos: 1º Estos serán dos por lo menos, que mutuamente se desconozcan, salvo lo prescrito en el número 4º”*.
- c. 2118 § 1 CIC'17: *“Para la probanza de los milagros se nombrará de oficio, al principio de la discusión, a dos peritos; y si ambos estuvieren acordes en rechazar el milagro, no se pasará adelante”*.
- c. 2122 § 2 y 3 CIC'17: *“Si en la congregación antepreparatoria los dos peritos estuvieron acordes en reconocer el milagro, entonces se designará un solo perito para la congregación preparatoria; pero si sólo uno de los peritos admitiere el milagro, en ese caso se nombrarán de oficio dos nuevos peritos. Los Padres Cardenales de la misma S. Congregación tienen siempre derecho a designar más peritos que los preceptuados, si en algún caso lo juzgan necesario”*.
- c. 1802 CIC'17: *“Cada uno de los peritos hará su relación distinta de la de los demás, a no ser que en casos no prohibidos por la ley mande el juez hacer una sola, que ha de ser firmada por todos y cada uno; si esto ocurriere, se anotarán con precisión las divergencias de pareceres que haya”*.

Esta concreción en el número de peritos ha sido superada por la legislación actual, de manera que no se limita el número de intervinientes aunque sí se conserva la redacción del c. 1802 CIC'17, en relación al número de informes, hoy trasladada al c. 1578 CIC'83.

En el ámbito canónico ratificamos que esa obligatoriedad ante determinados casos viene dada por razón de la gravedad del objeto o situación evaluada. De hecho, aún pudiendo constatar hechos o situaciones objetivas que son perceptibles por el juez incluso a primera vista, necesita someterlos a estudio y atender al grado de gravedad para dirigir su decisión en una u otra dirección. Por eso, esta escala sólo la puede definir

un perito especialista en la materia y con ello se cuenta desde que el asunto se pone en conocimiento del Tribunal. De hecho, nos remitimos a una declaración del Tribunal de la Signatura Apostólica sobre este asunto, de 16 de junio de 1998, dando respuesta a la pregunta que formulaba un Vicario Judicial, planteando así la dificultad de poder servirse de psicólogos y psiquiatras en la tramitación de causas de nulidad en base al c. 1095 CIC, dado que en su país se había prohibido que estos profesionales pudieran prestar sus servicios en los Tribunales Eclesiásticos. El Supremo Tribunal respondió que en aquellas causas “*por incapacidades del c. 1095, teniendo en cuenta su compleja naturaleza, apenas es posible que, en los casos en los que el trabajo de los peritos aparece como necesario, el juez, por su propia ciencia no profesional, pueda alcanzar la certeza moral requerida por el derecho*”, añadiendo además que “*el trabajo de los peritos en estas causas se debe utilizar no sólo porque está prescrito por el derecho, sino sobre todo porque, según la naturaleza del asunto, el trabajo es un instrumento de prueba del que el juez, en la mayor parte de los casos, no puede prescindir para alcanzar la certeza moral ex actis et probatis, de forma que pueda pronunciar la sentencia a favor de la nulidad*”⁴³³.

No obstante, no sólo la legislación canónica en su versión codicial o la Instrucción *Dignitas Connubii* refieren esta necesidad convertida automáticamente en obligación para el juez, sino que son muchas las sentencias rotales que secundan este principio,⁴³⁴ dejando fuera de toda duda que sea algo discrecional de los jueces o que

⁴³³ TRIBUNAL SUPREMO SIGNATURA APOSTÓLICA, decl. 16/06/1998, *Quaesitum de usu periti in casis nullitatis matrimonii*, Prot. N. 28252/VT, en: *Periodica* 87 (1998) p. 620.

⁴³⁴ *coram Bruno*, de 20 de julio de 1990, en SRRD 82, 1994, p. 661, n. 5; *coram Ragni*, de 15 de enero de 1991, en SRRD 83, 1994, p. 5, n. 5; *coram Civili*, de 21 de febrero de 1991, en SRRD 83, 1994, p. 116, n. 11; *coram Bruno*, de 19 de julio de 1991, en SRRD 83, 1994, pp. 468-469, n. 9; SRRD, *coram Lanversin*, de 29 de julio de 1991, vol. 832, 1994, p. 511, n. 4; *coram Stankiewicz*, de 24 de octubre de 1991, en SRRD 83, 1994, p. 685, n. 27; *coram Palestro*, de 18 de diciembre de 1991, en SRRD 83, 1994, p. 824, n. 6; *coram Davino*, de 20 de febrero de 1992, en SRRD 84, 1995, p. 87, n. 4; *coram Davino*, de 10 de julio de 1992, en SRRD 84, 1995, p. 405, n. 8; *coram Doran*, de 9 de abril de 1992, en SRRD 84, 1995, p. 176, n.8; *coram Gianneccchini*, de 15 de enero de 1993, en SRRD 85, 1996, p. 4, n. 3; *coram Lanversin*, de 27 de enero de 1993, en SRRD 85, 1996, pp. 36-37, n. 14; SRRD, *coram Doran*, de 4 de marzo de 1993, vol. 85, 1996, p. 102, n. 10; *coram Ghiannecchini*, de 9 de marzo de 1993, en SRRD 85, 1996, p. 124, n. 3; *coram Davino*, de 26 de marzo de 1993, en SRRD 85, 1996, p. 243, n. 4; SRRD, *coram Burke*, de 29 de abril de 1993, vol. 85, 1996, p. 331, n.6; *coram Boccafola*, de 1 de abril de 1993, en SRRD 85, 1996, p. 274, n. 6; *coram Palestro*, de 23 de junio de 1993, en SRRD 85, 1996, p. 462, n. 7; *coram Bruno*, de 26 de febrero de 1993, en SRRD 85, 1996, pp. 677-68, n.6; *coram Boccafola*, de 2 de diciembre de 1994, en SRRD 86, 1997, vol. 86, 1997, p. 580, n. 10.

dependa de su voluntad, sino que viene exigido por la misma ley en virtud de la propia naturaleza del asunto en cuestión.

Cabe, pues, preguntarnos qué es lo que ocurrirá en aquellas causas en las que no se observe la obligación de recurrir a la pericia y, si este quebrantamiento del precepto por parte del juez, entraña alguna consecuencia procesal u opera a favor de la nulidad de la sentencia. De la lectura de los cánones no se aprecia sanción alguna para el juez que omita la realización de la pericia ni su ausencia puede constituir un vicio tal que afecte a la resolución de la causa. Por eso, tanto la doctrina (con alguna excepción⁴³⁵) como la Jurisprudencia rotal se muestran unánimes en rechazar que la falta del dictamen pericial –aun cuando éste sea preceptivo– pueda conllevar la nulidad de la sentencia y pueda dar lugar a plantear la querella de nulidad⁴³⁶, mucho menos cuando habiéndolo propuesto las partes o de oficio finalmente no hayan querido practicarla. Y esto tiene una razón de ser bastante lógica, y es que en ningún momento la prueba pericial, en sí, puede derrocar o excluir otras pruebas que pueden estar bien fundamentadas y dar pleno valor a lo que se pretende demostrar.

Ligado a estas cuestiones, –aunque ya lo comentaremos en su momento al hablar de la valoración de la prueba pericial– cabe recordar que la misma no tiene valor de prueba tasada, sino que se encuentra sometida al principio de libre apreciación⁴³⁷. Y, por eso, aunque la prueba pueda verse debilitada en su conjunto por la falta de la necesaria prueba pericial, no implica que necesariamente la sentencia tenga que ser nula, sino que el Juez puede haber alcanzado esa certeza moral a partir de otras pruebas y así dejar constancia de ello tanto para declarar la nulidad del matrimonio como para defender su validez.

Por otro lado, llama la atención que el art. 203 §1 DC haga alusión a una excepción ante la obligatoriedad de practicar la prueba pericial. Por eso, en coherencia con el c. 1527 §1 CIC, que previene frente a la inutilidad e ilicitud de las pruebas, este artículo prevé la particularidad de que se prescinda de la prueba pericial si consta “*con evidencia que esa pericia resultará inútil*”. Creemos, por tanto, que hay que ser

⁴³⁵ Cf. RAVÀ, A., Il “defectus discretionis iudicii”, come causa di nullità del matrimonio nella giurisprudenza rotale, en: *Il Diritto Ecclesiastico* 68, 2 (1957) pp. 450-451.

⁴³⁶ Cf. ERLEBACH, G., *La nullità della sentenza giudiziale "ob ius defensionis denegatum" nella giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 1991, p. 256.

⁴³⁷ Cf. CIANCAGLINI, S., *La “perizia” nel processo matrimoniale canonico: note tipiche e problematiche legate all’istituto*, Roma, 2005, p. 64.

cautelosos a la hora de interpretar este precepto para no caer en una aplicación que opere a nivel de dispensa, de manera que se acabe justificando su falta por cualquier motivo. Por tanto, no sería útil si concurrieran argumentos y hechos presentes en los autos que han quedado suficientemente corroborados por informes psicológicos o psiquiátricos presentados por las partes y admitidos por el juez, o a nivel, por ejemplo, de documentos que den testimonio de determinadas conductas que refieran una anormalidad manifiesta e incluso si a la hora de personarse el sujeto en el Tribunal se observan rasgos de comportamiento que indican claramente el padecimiento de una patología y, aunque por sí solos no se les dé valor, si se puedan considerar como una experiencia o percepción directa y personal por parte del juez como elemento de prueba accesorio.

Ahora bien, también aquí consideramos que se deba hacer una referencia a cuando nos encontramos con casos en los que uno de los jueces, además de canonista tiene la titulación en alguna de las disciplinas necesarias para la realización del peritaje. En ningún caso podrá admitirse que, por los conocimientos especializados que pudiera tener, se pueda prescindir de la labor del perito, mucho menos si no se practican suficientes pruebas que verifiquen que la certeza moral se adquiere, en efecto, de lo alegado y probado por las partes⁴³⁸. Seguramente esos conocimientos servirán para relacionar mejor los hechos objeto del proceso y valorar su incidencia, pero no sustituyen de ningún modo la utilidad del dictamen pericial por parte de un perito externo al Tribunal.

Así pues, y como conclusión a este apartado, aunque en las causas matrimoniales donde la prueba pericial deviene en obligatoria las partes no la propusieran como prueba en sus respectivos escritos, el Juez actuaría de oficio y nombraría al perito o peritos correspondientes para su intervención. Sin embargo, en los procesos matrimoniales civiles la pertinencia viene a expresarse en términos de conveniencia y eficacia, de manera que aun no prescribiendo su uso de forma imperativa, en la práctica se viene recurriendo a ella en la versión de los informes de los equipos psicosociales adscritos al juzgado, pues, aunque no se considere como prueba pericial en sentido estricto, por la dependencia de estos profesionales de la estructura del poder judicial como un órgano técnico que auxilia a la Administración de justicia,

⁴³⁸ Cf. BONNET, P. A., “Il giudice e la perizia”, en: BONNET, P. A.-GULLO, C., *L’immaturità psicoaffettiva nella giurisprudenza della rota romana*, Roma, 1990, p. 70.

goza de apariencia de pericia y todavía sus informes se definen, en muchas ocasiones, como dictámenes periciales. Pensemos, además, que el equipo psicosocial judicial elabora informes de asesoramiento, psicológicos y psicosociales, pero además de esto no sólo asesora a jueces y fiscales, sino que incluso aclara y ratifica estos informes en las audiencias judiciales. Por tanto, no constituye un abuso establecer, respecto de los informes psicosociales de la jurisdicción civil, una comparativa con los informes o dictámenes periciales exigidos en la Jurisdicción eclesiástica. Incluso, una remisión reiterada a este servicio puesto a disposición de la Administración de Justicia se impone sobre la mera conveniencia de hacerlo, convirtiéndose casi en una exigencia sobre lo que los jueces no vienen a dudar.

7. Tachas y recusación de los peritos

Mientras que en uno de los apartados anteriores orientábamos el estudio hacia el cumplimiento de una serie de obligaciones por parte del perito, y la probabilidad de apartarlo del ejercicio para esa causa concreta o para otras posibles como medida seria y grave de inhabilitación temporal si mediaba un incumplimiento de dichas obligaciones, a continuación vamos a presentar los motivos por los que un perito puede ser originariamente rechazado o, una vez comenzado el juicio, retirado del mismo al intuir que no pueda elaborar su dictamen de forma objetiva⁴³⁹. Aunque no hablamos de actitudes propiamente infractoras de la norma procesal, los efectos que se derivan de una u otra valoración nos hace entender que se trata de sanciones impuestas “a priori” o de medidas de prevención para evitar que su no advertencia a tiempo tenga consecuencias negativas sobre la resolución final, vulnerando así los principios de la tutela judicial efectiva y el derecho a una defensa justa.

La legislación civil es mucho más extensa que la canónica a la hora de tratar las tachas, la abstención y la recusación, quizá porque les confiere una importancia singular a modo de prevención, considerando que si el perito contribuye a formar la convicción del juez, un dictamen carente de objetividad puede originar una resolución viciada⁴⁴⁰.

De los instrumentos con los que se cuenta para garantizar esta independencia y objetividad, operarán unos u otros dependiendo de quién proceda la iniciativa para

⁴³⁹ Cf. GÓMEZ COLOMER, J.L., “La prueba: los medios de prueba en concreto (IV)”, en: MONTERO AROCA, J. ET AL., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 21ª ed., Valencia, 2014, p. 274.

⁴⁴⁰ Cf. ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos...* o.c., p. 110.

manifestar que existe esa circunstancia que pone en tela de juicio la imparcialidad del perito.

La abstención por parte del perito implica un auto-conocimiento de los límites de actuación en base a la concurrencia de ciertas circunstancias, y a partir de ahí, surge la decisión de no intervenir como experto o de abandonar el encargo si éste ya se hubiera iniciado. El planteamiento de la abstención según la LEC es bastante completo y no deja lugar a dudas. Si, conforme al art. 105 LEC, concurren en el perito alguna de las causas previstas en los artículos 219 LOPJ⁴⁴¹ y 124.3 LEC⁴⁴², deberá abstenerse, pudiendo ocurrir que la causa de la abstención sea previa o surja en el mismo momento de la designación o sea posterior a la aceptación, conllevando necesariamente su presentación al Tribunal para que decida sin posibilidad de recurso⁴⁴³. En la lista de causas de abstención y recusación parece presentarse un *numerus clausus* de circunstancias de sospecha de parcialidad, que deben interpretarse restrictivamente⁴⁴⁴. Al menos así lo entendió la jurisprudencia en relación a la enumeración de la anterior LEC⁴⁴⁵. No obstante, nos unimos al parecer de parte de la doctrina que, con anterioridad a la LEC actual, se manifestaba a favor de una interpretación extensiva⁴⁴⁶, ampliando el contenido de las causas de abstención y recusación, de modo que se incluyan todas aquellas circunstancias que puedan afectar a la imparcialidad pericial cuando concurren

⁴⁴¹ Dentro de este artículo 219 LOPJ algunas disposiciones pueden causar motivos bien fundados para provocar la negativa de aceptación en el sujeto elegido, previendo situaciones diversas de tipo familiar, relacional, profesional y procesal.

⁴⁴² El art. 124.3 de la LEC establece que “*Además de las causas de recusación previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, son causas de recusación de los peritos: 1ª Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso. 2ª Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo. 3ª Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso*”.

⁴⁴³ Cf. ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos...* o.c. p. 110.

⁴⁴⁴ Cf. FONT SERRA, E., “El dictamen de peritos...o.c., p. 100.

⁴⁴⁵ STS 521/1998, de 4 de Junio (ROJ STS 3667/1998): “*... por la circunstancia de que dicho perito, al tiempo de emitir su dictamen se encontrara suspendido por el colegio profesional al que pertenece por razón de expediente (...) sin que, por otra parte, la causa alegada se encuentre entre las que la LEC cita, como de recusación, en el art. 621 y que constituyen numerus clausus, hasta el punto que el juez deberá rechazar de plano si la recusación no se funda en alguna de las causas citadas, según ordena el artículo 622 de la misma Ley (...)*”.

⁴⁴⁶ Cf. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., et al., *Derecho Procesal Práctico: formularios y jurisprudencia sobre el proceso civil*, Madrid, 1998, p. 422.

y sean susceptibles de ser identificadas como tales. Para ello, será primordial alegar las razones y motivos que puedan ser probados para apartar al perito de este cometido.

La recusación viene recogida en los artículos 124 al 128 LEC y “*se circunscribe a los peritos designados por el Tribunal mediante sorteo y cabe, planteada por las partes, tanto frente a los expertos titulares como a los suplentes*”⁴⁴⁷. También resultan de aplicación los artículos 219 y 220 de la LOPJ. Como anunciábamos al comienzo de este punto, la recusación puede darse en dos momentos diferentes: cuando exista una causa anterior a la designación y en el plazo de dos días desde que ésta se hizo oficial (art. 125.2.I LEC⁴⁴⁸) y cuando la causa surja en un momento intermedio, entre la designación y antes de que el perito elabore el correspondiente dictamen (art. 125.2.II LEC)⁴⁴⁹. En este último caso surge el deber de presentar la recusación antes del juicio o vista o al comienzo de dichas actuaciones⁴⁵⁰. De aparecer con posterioridad a estos momentos procesales, entonces se debe dar a conocer al Tribunal para que éste valore convenientemente sobre la procedencia o no de la recusación.

El modo de tramitación de la recusación es de carácter incidental⁴⁵¹, exigiéndose la forma escrita para su presentación y la exposición de los motivos, así como los medios para demostrar que existe dicha recusación. Si una vez elevada la recusación al Tribunal, se reconoce con certeza que existen motivos suficientes para probarla y además el perito lo admite como tal, se aceptará la recusación y se reemplazará al perito.⁴⁵² Pero si éste se niega a asumir dichos motivos por considerarlos infundados e inexistentes, se organiza una comparecencia para practicar las pruebas en orden a la resolución de la recusación por medio de un auto que no admite recurso (art. 127 LEC).

Por último, las tachas aparecen recogidas en los artículos 343 y 344 LEC. Según la definición del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, “tacha” sería

⁴⁴⁷ ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos...* o.c., p. 110.

⁴⁴⁸ “*Si la causa de la recusación fuera anterior a la designación del perito, el escrito deberá presentarse dentro de los dos días siguientes al de la notificación del nombramiento*”.

⁴⁴⁹ “*Si la causa fuere posterior a la designación, pero anterior a la emisión del dictamen, el escrito de recusación podrá presentarse antes del día señalado para el juicio o vista o al comienzo de los mismos*”.

⁴⁵⁰ Cf. ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos...* o.c., p. 111.

⁴⁵¹ arts. 125-128 LEC.

⁴⁵² El art. 342.2 LEC establece que cuando un perito es recusado, se designe a otro suplente para que ocupe su lugar, y si éste también lo fuera, se sustituya por el siguiente de la lista hasta poder efectuar el nombramiento.

toda aquella *“falta, nota o defecto que se halla en una cosa y la hace imperfecta”*. Incluso el Diccionario expone una tercera definición de carácter jurídico: *“motivo legal para desestimar en un pleito la declaración de un testigo”*. Junto a este concepto, aparecía el de *“recusación o reprobación”*, que, pareciendo similar, contiene rasgos bien diferenciados, tanto en la naturaleza del objeto como en la acción que conlleva.

Así pues, al contrario de lo que ocurría con la recusación, prevista para los peritos que son designados por el Tribunal⁴⁵³, esta última herramienta para garantizar la imparcialidad de los peritos se reserva para aquellos que proponen las partes, debiendo ser éstas quien planteen dicha cuestión. A continuación exponemos algunas de estas causas:

1. *“Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus abogados o procuradores.*
2. *Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.*
3. *Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores.*
4. *Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus procuradores o abogados.*
5. *Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional”* (art. 343.1 LEC).

Recordemos, por tanto, que la tacha pretende poner en conocimiento del tribunal la existencia de una causa en el perito que seguramente dificulte la emisión de su dictamen con total objetividad e imparcialidad. No ocurría así con la *recusación*, que buscaba la no intervención del perito en el proceso. Igualmente, aunque se permitía recusar al perito elevando la petición al tribunal si había surgido posterior al juicio o la vista, el planteamiento de la tacha queda reducido a un momento anterior a estos hitos procesales. Concretamente, para el caso del juicio ordinario, no podrá formularse después de la audiencia previa al juicio⁴⁵⁴ y para los procesos que se sustancian por los

⁴⁵³ Recuerda el art. 343. 1 LEC que *“sólo podrán ser objeto de recusación los peritos designados judicialmente”*.

⁴⁵⁴ Cf. ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos...* o.c., p. 113.

trámites del juicio verbal, como son los procesos matrimoniales, se establece que las tachas no se podrán formular después del juicio o de la vista.

En los procesos matrimoniales civiles se podría recusar a los peritos designados por el juez, de oficio o a petición de las partes o se podría presentar una tacha sobre aquellos que directamente presentaran las partes. Esto, en principio, no plantea problema alguno, salvo lo que respecta a los informes psicosociales, donde sí se aprecian sombras a la hora de admitir esta posibilidad.

En lo que respecta a los dictámenes de los equipos psicosociales, el hecho de que no exista una regulación específica de esta actuación en el marco del proceso y además la jurisprudencia se encuentre escindida en cuanto al reconocimiento de estos informes como verdadera prueba pericial, deja en suspenso la posible objeción que pudieran plantear las partes en relación a alguno de los miembros del equipo psicosocial por concurrir en él circunstancias que a su juicio no les autoriza para el cometido que han de desempeñar. A pesar de que la valoración de estos equipos psicosociales por parte de los jueces goza de atendibilidad y confianza en lo que a las condiciones de imparcialidad, objetividad y cualificación profesional se refiere, nos preguntamos cómo se puede rebatir esa “acreditada solvencia”⁴⁵⁵ de los equipos psicosociales respecto a la imparcialidad de los profesionales que trabajan en ellos si hay sospechas de que la realidad fuera otra. Basta que el informe provenga de los Equipos adscritos a los Juzgados para que tanto los justiciables como sus defensores desconfíen de ellos. Por tanto, cabe estudiar si es posible recusar a estos profesionales y cómo se puede llevar a cabo el procedimiento de recusación.

No encontrándose esta figura con un estatuto orgánico propio y más aún sin que su actividad venga contemplada y regulada por la LEC, la solución que se puede dar ante la aparición de causas que pongan en peligro la imparcialidad de estos profesionales podría ser la misma que se contempla para los peritos que nombran las partes o aquellos que son designados judicialmente. Podríamos pensar que correspondería hablar únicamente de recusación pero no de tacha si partimos de que

⁴⁵⁵ Esta exaltación de los informes de los equipos psicosociales como expresión máxima de imparcialidad ha sido potenciada y respaldada por varias sentencias, como la de la Sección 1ª de la AP de Navarra, 313/2001, de 13 de diciembre (Roj SAP NA 1351/2001), que consideraba “*de especial trascendencia*” los informes psicológicos aportados por el personal del equipo psicosocial o la sentencia de la Sección 4ª de la AP de Asturias, 536/2002, de 19 de noviembre (Roj SAP O 4342/2002) que parece impedir que recaiga cualquier tipo de sospecha o de duda sobre los informes provenientes de estos Equipos.

estos Equipos intervienen por mandato del Juez. Ahora bien, en ningún momento se acude a estos profesionales por medio del sistema de designación de peritos previsto en el art. 341 LEC. Por tanto, no siendo suficiente el hecho de que provengan de un requerimiento judicial, y aprovechando la ausencia de regulación de la labor de los equipos psicosociales en la LEC cabría admitir el planteamiento tanto de la recusación como de la tacha, recurriendo a los artículos 124 y 343 LEC respectivamente.

Si ahondamos en estos dos preceptos llevándolos a la casuística real que pudiera plantearse ante supuestos concretos, puede ocurrir que un profesional del equipo psicosocial se haya pronunciado públicamente en contra de la custodia compartida o del reconocimiento del síndrome de alienación parental⁴⁵⁶—un tema bastante controvertido— a través de declaraciones en algún medio de comunicación social, y posteriormente se le requiera para informar sobre un asunto relacionado. Es difícil que en este caso se considere que la actuación del perito dejará al margen esas manifestaciones ideológicas y seguirá los presupuestos que se espera que acoja con la mayor apertura y convicción personal y profesional por el bien de los menores y del interés familiar y social. Lo mismo sucede si se conoce que por alguna mala actuación al profesional se le abrió un expediente en su respectivo Colegio o, incluso, esta denuncia fue promovida en el pasado por alguna de las partes que interviene en el procedimiento actual. Así pues, en ambos casos podríamos pensar que se le podría tachar, bien porque se trate de una causa que le hace desmerecer en el concepto profesional (art. 343, 1, 5º LEC) o porque suponga una situación de enemistad manifiesta en la correlación que existe por la denuncia previa tramitada (art. 343, 1, 4º LEC).

En relación a la recusación, también podríamos encontrarnos con un caso claro que obligue a destacar lo que no puede pasar desapercibido, como podría acontecer en un procedimiento de modificación de medidas, si en un procedimiento anterior se emitió un dictamen contrario a lo que solicita la parte que persigue la recusación, todo ello a

⁴⁵⁶ Al respecto de esta cuestión se ha detectado la concurrencia del Síndrome de Alienación Parental en muchos pleitos por custodia de menores. Este Síndrome se da cuando la progenitora trata de poner a los menores en contra de su progenitor, bien porque ya ostente la custodia total o porque siendo compartida, la madre planee revocarla judicialmente. El aumento de esta psicopatología clínica se ha hecho patente y se ha reforzado indudablemente tras la ley del divorcio expés del año 2005, quizá porque la celeridad en la tramitación de la disolución del matrimonio y la disposición que las partes tienen sobre su estado lleva a fortalecer la Tesis de que preferiblemente los menores han de estar con la madre, de manera que esta creencia se manifiesta en un control obsesivo y posesivo de los menores para conseguir influirles a la hora de que deban expresar sus preferencias sobre el progenitor con el que quieren estar.

tenor del art. 124, 3, 1º LEC, por “*haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso*”.

Junto a estos supuestos, hemos detectado otra problemática en el ámbito de la emisión libre e imparcial del dictamen psicológico pero en este caso acentuando que pueda encontrarse sometido a una cierta coacción. Nos referimos a la negación de la existencia del *Síndrome de Alienación Parental* por parte de la doctrina del Consejo General del Poder Judicial e incluso por el Observatorio de Violencia de Género, y que se ha venido denunciando por parte de algunos colectivos profesionales de la abogacía⁴⁵⁷ e incluso particulares, pues ven cómo los profesionales de los equipos psicosociales se encuentran obligados a silenciar que exista esta psicopatología, de manera que parecen excederse en la prudencia valorativa que piden los criterios deontológicos y el dictamen en sí pierde, en consecuencia, valor procesal. Esto vienen a considerarlo inadmisibles cuando precisamente otros peritos psicólogos externos se pronuncian sin temor y sin dudarlos dos veces sobre esta cuestión si existen indicios y evidencias⁴⁵⁸. Esto se ha atribuido a la posición laboral que ostentan estos equipos, seleccionados no por oposición sino directamente de la bolsa de empleo, de manera que puede resultar lógico que se inclinen por sostener las tesis ideológicas o políticas del momento para no hacer peligrar su puesto de trabajo. Después de indagar en esta cuestión, concordamos plenamente en que su posición hace a los miembros de los equipos psicosociales muy vulnerables e influenciados, lo que, sin duda alguna, resta imparcialidad y objetividad plena a los dictámenes emitidos por ellos.

Este descontento ha provocado que se cuestione la utilidad real de estos informes si no terminan de ajustarse a los criterios de certeza y verdad y, por otro lado, que se proponga una reforma integral del sistema que rige actualmente en relación a la

⁴⁵⁷ En este aspecto, la Asociación Europea de Abogados de Familia últimamente ha venido cuestionando, cada vez con más fuerza y encabezando la crítica sobre la pervivencia de los Equipos Psicosociales porque su actuación y protocolo no termina de ajustarse ni a la finalidad que se persigue (siendo en muchos casos insuficiente) ni a la cualificación de excelencia y especialización que reclama la tarea que se les encomienda, como ponen de manifiesto quienes critican las conclusiones a las que llegan en estos informes por considerar que las mismas apoyan preferencias jurídicas más que preocuparse por analizar si una determinada conducta o un comportamiento existe para requerir una medida judicial apoyada en un dictamen con pleno valor científico (cf. <http://www.asociacionabogadosfamilia.com/>).

⁴⁵⁸ Consta alguna Sentencia que reconoce los efectos del síndrome de alienación parental inducido por la madre y acreditados por el equipo psicosocial (Cf. SAP de Asturias, 328, 2005, de 29 de septiembre en: Roj SAP O 2330/2005).

frecuencia con la que se recurre a estos dictámenes psicológicos y los profesionales que los llevan a cabo dependientes y a disposición del Juzgado. Cabe anotar que este sistema en absoluto se encuentra reglado y de ahí toda la problemática que entraña y que genera a medida que se multiplican los casos en materia de familia. Aún así, puede ser este un buen momento para estudiar si las pericias psicológicas se han de reservar exclusivamente para aquellos casos en los que se aprecie una clara patología porque haya signos muy elocuentes y si debe revisarse también la pertenencia actual de los profesionales al sistema judicial, fomentando que se acuda a profesionales externos que sean escogidos conforme el procedimiento recogido en el art. 341 LEC para así garantizar la independencia que requiere su labor concreta.

La necesidad de satisfacer los intereses de las partes que acuden al órgano jurisdiccional de la forma más justa posible plantea la hipótesis de reconducir la labor de los equipos psicosociales de modo que pudiera ser un órgano mixto, manteniendo la adscripción al Juzgado pero modificando el modo de elección de sus miembros, de manera que, por ejemplo, pudieran obtener su plaza por méritos u oposición. O también, quizá cabría plantearse si, ante estos posibles abusos y coacciones encubiertas, convendría prescindir de profesionales externos que colaboren con los juzgados. Esto implicaría, además, que el coste de la pericia no lo tuvieran que soportar los ciudadanos sino que fueran las partes que lo propusieran o quien fuera condenado en costas quien se hiciera cargo de abonar los gastos ocasionados por la pericia.

Por su parte, la legislación canónica que regula la pericia es bastante concisa y escasa en esta materia (lo que significa que no es precisamente completa ni clarificadora), sirviéndose de otros cánones que regulan figuras afines para completar aquellos aspectos que faltan por tratar. Esto ocurre en el caso de las causas de exclusión y recusación de los peritos, donde el c. 1576 CIC remite directamente a los cánones 1555 y 1550 CIC respectivamente sin hacer mención de ningún tipo de causa que pueda protagonizar dicha exclusión de su participación en el proceso (Cf. art. 206 DC): “*Los peritos quedan excluidos o pueden ser recusados por las mismas causas que los testigos*”⁴⁵⁹. La exclusión se refiere fundamentalmente a la capacidad de los peritos, en

⁴⁵⁹ Debemos hacer a este respecto una precisión, la misma que ya advirtieron varios autores de la doctrina canónica, y es que aunque al perito le sean aplicables las normas sobre exclusión o recusación de los testigos, esto no implica que estemos considerando al perito como un “testigo cualificado”, algo que no aceptarse si defendemos el carácter probatorio de la pericia o incluso

cuanto que el Tribunal los rechaza porque así viene determinado por la ley, mientras que la recusación aboga por los intereses de las partes, que pueden denunciar la falta de imparcialidad necesaria⁴⁶⁰. Pero si acudimos a ambos cánones encontramos que las causas de exclusión y reprobación de testigos son muy limitadas: “... *la parte puede pedir que se excluya a un testigo, si antes de su interrogatorio se prueba que hay causa justa para la exclusión*” (c. 1555 CIC). Pero no se concreta qué se entiende por “causa justa” y qué circunstancias podrían entrar en ese elenco.

Además de los testigos no idóneos, que serían los menores y los débiles mentales, se habla también de la incapacidad de algunos testigos por el riesgo de parcialidad que puede entrañar su testimonio o por el daño que se sucedería de su actuación: “*Se consideran incapaces: 1º. los que son partes en la causa o comparecen en juicio en nombre de las partes, el juez y sus ayudantes, el abogado y aquellos otros que prestan o han prestado asistencia a las partes en la misma causa; 2º. los sacerdotes, respecto a todo lo que conocen por confesión sacramental, aunque el penitente pida que lo manifiesten*” (c. 1550 § 1 y 2 CIC).

Fuera de ahí, en ningún otro canon se encuentran referencias a motivos concretos que justifiquen la exclusión de los testigos, y si son sólo estos los que se aplican a los peritos, nos lleva a echar en falta más detalles sobre posibles causas de su exclusión. Esta ausencia no es comprensible sobre todo si tenemos en cuenta que la figura del perito posee una naturaleza procesal propia y hace que su reglamentación se quede incompleta. Además, si atendemos a la regulación del c. 1549 CIC, donde se afirma que “*todos pueden ser testigos, a no ser que en todo o en parte estén rechazados expresamente por el derecho*”, advertimos claramente que estamos ante una laguna, entre otras cosas porque es aquí donde nos damos cuenta que no se pueden aplicar estrictamente las normas sobre la admisión o exclusión de los testigos a los peritos. Por ejemplo, aunque en la codificación anterior de 1917 se prohibía que los familiares pudieran declarar, actualmente no se consideran incapaces de testificar los cónyuges y consanguíneos. Ahora bien, no podemos aceptar que como perito pueda intervenir quien mantiene una relación personal o de parentesco con las partes, sus abogados o incluso

la función del perito como auxilio para el juez (conforme su consideración en el ámbito canónico).

⁴⁶⁰ Cf. GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho Procesal...o.c.*, p. 342.

con los miembros del Tribunal, lo que sería del todo inconcebible y atentaría contra la necesaria imparcialidad.

Conviene recordar que la Instrucción *Provida Mater Ecclesia*, en el par. 3 del art. 142 recogía expresamente una causa de exclusión del perito que posteriormente no se ha contemplado en la Codificación actual: *“Están asimismo excluidos del cargo de perito los que tienen con alguna de las partes algún lazo que estrechamente les una”*. Esto nos hace preguntarnos porqué no ha incidido el CIC’83 en regular este aspecto concreto, dado que dicha causa de exclusión, como tal, no se contempla para los testigos (pues se admite que familiares y personas de la esfera íntima y personal del sujeto sean llamados a declarar en calidad de testigos). Vemos aquí un vacío importante, pues, aunque parezca algo obvio que se excluya al perito en estas circunstancias, no deja de sembrar dudas y confusión sin una base estrictamente legal para responder a esta cuestión. Si la normativa para los peritos remite a la prevista para los testigos en la peculiar situación de una exclusión o recusación, y para éstos permite la vinculación de parentesco de los sujetos dado que este componente afectivo o familiar no invalida el testimonio, es evidente que se requiere una regulación específica en el apartado dedicado a los peritos dado que a éstos si les puede afectar dichos vínculos o lazo, pues pueden comprometer su imparcialidad.

No obstante, a nuestro juicio y para salvar de algún modo este vacío y esta imprecisión, sería más propio que se pudieran aplicar como causas de exclusión o como base para recusar a un perito los motivos alegados en el c. 1448 CIC en relación a la imparcialidad del juez. Pues bien, si lo que se busca también es que el perito sea imparcial, manifestando con objetividad unas conclusiones tras la aplicación técnica de una metodología, perfectamente podríamos remitirnos al c. 1448 CIC cuando ordena que *“No acepte el juez conocer una causa en que tenga interés por razón de consanguinidad o afinidad en cualquier grado de línea recta y hasta el cuarto grado de línea colateral, o por razón de tutela o curatela, amistad íntima, aversión grande, obtención de un lucro o prevención de un daño”*. Tal y como apunta el siguiente canon, el 1449 CIC, *“si el propio juez no se inhibe, la parte puede recusar”*. Del mismo modo entendemos que estas disposiciones se han de aplicar al perito, en cuanto su dictamen puede favorecer o perjudicar a una de las partes si media cualquiera de estos elementos de parcialidad, todo ello en orden a su exclusión o esperando que él mismo se abstenga de aceptar el encargo.

Por tanto, si el juez pareciera sospechoso de posible parcialidad ante la existencia de un interés, afecto o desafecto hacia alguna de las partes del proceso (amistad íntima o enemistad pública)⁴⁶¹ o incluso en relación al objeto de la causa, debe abstenerse de proseguir en el oficio de juzgar la causa o ha de ser recusado por las partes si el mismo hace caso omiso al deber de abstención⁴⁶². Del mismo modo, se podría exigir que el perito muestre su negativa a elaborar un dictamen si considera que pudiera verse inmerso en cualquier vinculación de carácter personal o afectivo con alguna de las partes o el objeto del proceso, y el juez, al conocer dichas circunstancias por sí mismo o por advertencia de las partes, deberá rechazarlo.

En el ordenamiento canónico no se indica si la cuestión de la recusación en el desarrollo del procedimiento reviste un tratamiento peculiar en el caso de los peritos (o para los testigos, ya que remite a la normativa establecida para éstos), pero creemos que cabe aplicar los preceptos de los cánones referidos a la recusación del juez y otros miembros del Tribunal, para estos casos se exige que con la mayor rapidez (*expeditissime*) se resuelva el incidente (c. 1451 CIC). Así pues, nada obsta para que en estos términos se hayan de resolver igualmente las recusaciones de los peritos en un proceso matrimonial canónico, teniendo en cuenta que de la recusación decidirá por decreto el Juez que lo nombró (cf. c. 1590 § 2⁴⁶³ y art. 225 DC), tratándose de una cuestión incidental que habría de resolverse igualmente por decreto que, en este caso, sería inapelable⁴⁶⁴. Así pues, al igual que se planteaba para la recusación en el ámbito civil, se hará constar en autos la sustitución del perito recusado y se indicarán las causas que motivaron esa decisión y los hechos invocados para proceder a dicha remoción⁴⁶⁵.

Hasta aquí se ha mencionado lo referente a los peritos públicos. Pero no debe pasar desapercibido, también, la ausencia de mención de las posibles tachas de los peritos privados, algo que no existe en la normativa codicial, y que resultaría muy

⁴⁶¹ Cf. Com. c. 1576, VITO PINTO, P., en: *Corpus Iuris Canonici I. Commento al Codice di Diritto Canonico*, Città del Vaticano, 2001, p. 1142.

⁴⁶² Cf. Com. c. 1448, en: PROFESORES DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico...o.c.*, p. 854.

⁴⁶³ En relación a cómo ha de resolverse la causa incidental, “2. *Pero si ha de resolverse por decreto, el tribunal puede encomendar la cuestión a un auditor o al presidente*”.

⁴⁶⁴ Cf. c. 1629, 4º CIC. “*No cabe apelación: (...) contra el decreto del juez o sentencia interlocutoria que no tengan fuerza de sentencia definitiva (...); contra la sentencia o decreto en una causa que según el derecho debe dirimirse con la mayor rapidez posible*”.

⁴⁶⁵ Cf. Com. c. 1576, en: VITO PINTO, P., *Corpus Iuris ...o.c.*, p. 1142.

ventajoso para controlar a los peritos designados por las partes. Sin duda, sorprende que una de las novedades de la codificación actual haya sido la introducción de la figura del perito privado y no haya medios para advertir al tribunal de que pueden existir circunstancias que pongan en tela de juicio su imparcialidad.

Así pues, cuando el c. 1581 § 1 CIC contempla la posibilidad de que las partes designen peritos privados y hace depender su aprobación del juez, nada se dice sobre los criterios que el juez deba tener en cuenta a la hora de certificar o comprobar su idoneidad, y este sería un buen momento para que pudieran operar las tachas, así como ocurre en el proceso civil. Pensemos que las posibilidades de intervención de estos peritos es muy diversa, de manera que, permitiéndolo el juez, pueden acceder a las actas de la causa, asistir incluso a la realización de la pericia⁴⁶⁶ y pueden presentar su propio dictamen (cf. c. 1581 § 2 CIC). A pesar de ello, también sus facultades son limitadas porque no se admite que los peritos privados estén presentes en los interrogatorios de los peritos públicos ni que tampoco tengan acceso a los dictámenes elaborados por éstos⁴⁶⁷.

Por tanto, deben existir unas mínimas garantías para que se pueda poner de manifiesto cualquier hecho que prevenga al Tribunal de una intervención pericial privada viciada. Por ejemplo, un perito puede haber estado inmerso en algún episodio que haya conllevado la falta a sus deberes deontológicos o haber incurrido en conductas poco honestas, con responsabilidad civil o penal que hayan afectado incluso a su fama. O en el ámbito concreto de los procesos de nulidad matrimonial, puede que una de las partes quiera proponer como perito privado a su actual pareja sentimental porque reúna los requisitos que le habilitan profesionalmente, pero del que se puede decir que guarda una relación íntima con una de las partes y además tiene interés en el asunto para que se resuelva favorablemente la nulidad matrimonial y así desaparezca el impedimento de vínculo existente. De conocerlo la parte contraria a la proponente, es justo que se le permita poner en conocimiento del Juez que la participación del perito privado puede no ser muy fiable y, en algunos casos, incluso, que el juez directamente no apruebe su intervención. Por tanto, nuestra propuesta en relación a los peritos privados se orienta a

⁴⁶⁶ La intervención de los peritos privados reviste un carácter un tanto “fiscalizador” de las funciones del perito público, pues conlleva que pueda asesorar a las partes sobre la validez, posibles correcciones e incluso lagunas que pudiera arrastrar la pericia oficial (Cf. ARROBA CONDE, M.J. *Diritto processuale ...o.c.*, p. 471).

⁴⁶⁷ Cf. *Communicationes*, 11 (1979) p. 124.

impedir que puedan ser admitidos en los mismos términos que operaría la recusación para los peritos públicos y, de ser aprobados, que el Tribunal pueda conocer sus dictámenes con las reticencias manifestadas por la otra parte.

Por eso, una forma de integrar circunstancias nuevas que pudieran verse reconocidas como posibles motivos de recusación y tacha para los peritos públicos y privados estaría, por un lado, en ampliar el listado de situaciones en la que podrían darse o, como un primer paso, admitir aquellas que vayan surgiendo y que presenten visos de constituir una situación inhabilitante o cuanto menos, destacable *a priori* para ser tenida en cuenta con posterioridad.

Sería conveniente, por tanto, incorporar en la normativa procesal canónica, al término final de la designación de los peritos privados, las posibles tachas que se podrían aducir, en relación a:

- Parentesco entre el perito y la parte.
- Interés directo o indirecto en el asunto.
- Cualquier dato que revele que el perito se encuentra en una situación de subordinación para con alguna de las partes, sus abogados o procuradores, así como pudiera encontrarse inmerso en algún conflicto para con la parte contraria a la que asesora, incluida la enemistad o amistad con cualquiera de los sujetos mencionados.
- Circunstancias que confirmen el descrédito del perito por haber incurrido en algún tipo de responsabilidad por su mala praxis.

Al término de este apartado debemos señalar que perfectamente se podrían aplicar las normas civiles sobre recusación de jueces y peritos a la recusación de estos últimos en el ámbito canónico, porque ya dentro de éste reconocíamos que las causas de recusación de los jueces en el proceso canónico coincide prácticamente con la recusación de los jueces civiles. Este punto de encuentro entre ambas legislaciones, civil y canónica, contribuye a plantear el modo de subsanar las deficiencias que detectamos en el ordenamiento jurídico canónico, en parte justificables porque, al momento de promulgar el Código de Derecho Canónico de 1983, la prueba pericial aún era un instrumento poco utilizado y valorado, habiéndose planteado con el paso de los años la necesidad de disponer de una normativa más completa y reglada.

Capítulo V

TIPOS DE PERICIA EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

1. Introducción

La pericia viene a enunciar juicios o a presentar deducciones técnicas que proceden del hecho analizado o de sus causas y efectos. Se trata, pues, de comprobar o apreciar un hecho que resulta controvertido, y una vez percibido, se verifica y se pone en conocimiento del juez por medio del dictamen que ha de contener esa apreciación o deducción técnica.

En los procesos matrimoniales lo que se pone a disposición del perito son hechos y experiencias humanas, muchas de ellas insertadas en el mundo de la psique y la conciencia más íntima, así como del entorno social y relacional a través de las conductas y comportamientos. Las situaciones pueden ser más o menos complejas, más dramáticas o livianas, más emocionantes o desapercibidas, etc. En todo caso, la esfera personal y familiar de la persona humana junto con sus condiciones psíquicas viene a encontrarse en el punto de mira de un sujeto ajeno que va a emitir una serie de juicios y a encajarlo en diversos conceptos a partir de las percepciones que en él hayan generado las personas o hechos sometidos a su observación.

Dada la especial naturaleza de lo que se tiene que valorar en la pericia, se pueden plantear problemas relacionados con el derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, detectamos que estos problemas surgen con más frecuencia en la jurisdicción eclesiástica, donde los sujetos examinados no ven claro por qué la Iglesia debe conocer sobre los aspectos más íntimos, mostrándose muy celosos de su privacidad, unido además a que sienten que pesa sobre ellos un juicio moral⁴⁶⁸. Ahora bien, a primera vista esto no ocurre a nivel civil, donde el poder que

⁴⁶⁸ Esto se aprecia más en aquellos casos en los que los contrayentes que ahora piden la nulidad de su matrimonio ya acudieron al divorcio, creyendo que al igual que para este procedimiento no se les pidió que alegaran ningún motivo ni fue necesario sacar a la luz la intimidad de sus años de novios y casados, tampoco ahora deberían exigirlo.

tienen los tribunales a la hora de aplicar la ley impide que se cuestione la legitimidad para intervenir en estos asuntos privados, a pesar de que también hay declaraciones en rebeldía y a veces los sujetos se niegan a ser examinados por un perito profesional. Es más, la interpelación por parte de ambas jurisdicciones no depende en absoluto de las formas que utilicen –a pesar de que éstas ayuden o disuadan– sino más bien de la concepción que los sujetos tienen de las mismas.

Debemos profundizar, por tanto, en qué ocurre, por un lado, con el Derecho a la intimidad de los sujetos periciados y, por otro, cómo se puede llevar a cabo la investigación judicial de la personalidad cuando las partes se niegan a someterse a la pericia.

2. Tipos de pericia

Pese a que no es lo mismo hablar de perito que de pericia, hemos de reconocer que la clasificación de los peritos se puede corresponder parcialmente con la que atañe a la pericia, de manera que de la misma forma que hay peritos de parte y judiciales en el ámbito civil, y peritos judiciales y extrajudiciales, necesarios y voluntarios, públicos y privados en el orden canónico, debemos mantener esta clasificación para la pericia como prueba que se aporta al proceso a través del correspondiente informe o dictamen, al comienzo o en el transcurso del mismo.

En el ámbito civil y a nivel general, suelen operar más peritos de parte con la consiguiente presentación de los dictámenes junto con la demanda y contestación a la demanda, todo ello en virtud del carácter dispositivo de los procesos. Sin embargo, en los procesos de familia la indisponibilidad sobre el objeto autoriza al juez para intervenir y solicitar él mismo la prueba pericial, lo que hace que nos cuestionemos el volumen real de pericias de parte en este tipo de procesos.

No obstante, difiere mucho la cuestión según nos encontremos ante un procedimiento matrimonial de mutuo acuerdo o contencioso, pues es en este último donde se hace más imprescindible presentar dictámenes de perito privado (pericia privada) o solicitar al juez que designe a un perito (pericia judicial), partiendo de la premisa de que el juez por sí mismo puede solicitarla de oficio. Es lógico, pues, que cuando los intereses de las partes son controvertidos, se cuente con todos los medios posibles para dirimir ese conflicto.

Por el contrario, en los procesos matrimoniales canónicos, la obligatoriedad de contar con la pericia para algunos capítulos de nulidad concretos (c. 1095 y c. 1680) hace primar la designación judicial de perito de oficio y hace más infrecuente la aportación de dictámenes extrajudiciales procedentes de perito privado. En este caso no hay duda de que al prescribirlo la ley, el desarrollo de la proposición y práctica de la prueba resultará más fluido, suponiendo igualmente un coste menor para las partes.

2.1. Tipos de pericia en los procesos matrimoniales civiles

En los procesos matrimoniales civiles se distinguen claramente dos tipos de pericia: la pericia de parte y la pericia judicial, que puede provenir directamente de oficio o mediando la solicitud de las partes. Para la contextualización de estas dos modalidades nos remitimos a lo que ya expusimos para los tipos de peritos.

En el ordenamiento procesal civil, el recurso a la pericia sólo contempla la posibilidad de que esta se desarrolle en una única forma dentro de los parámetros que se fijan para su práctica, de manera que la forma ordinaria consistiría en presentar el dictamen con los escritos de demanda y contestación a la demanda conforme establecen los arts. 336 y 265.4º LEC o a través de la designación judicial de oficio o a instancia de parte.

En todo caso, las pericias realizadas para los procesos de familia van a proceder del examen directo de los sujetos sobre los que haya de recaer o deba afectar la resolución judicial. Este examen se lleva a cabo mediante una entrevista a partir de la dinámica de preguntas y respuestas sobre la realidad personal, psicológica y social de cada miembro de la unidad familiar. Incluso, en ocasiones, puede que se lleve a cabo una inspección ocular del entorno donde viven y desarrollan sus actividades diarias los menores, a efectos de acordar cuál es el espacio más idóneo para ellos y a la hora de atribuir la guardia y custodia a uno o ambos progenitores.

En la ruptura matrimonial, bien sea en la forma de la separación legal o de divorcio (esta última más extendida y en número cada vez más creciente), nos encontramos con un acontecimiento jurídico controlado por el Estado. Las partes manifiestan intereses contrarios y conflictivos que generan unos problemas no necesariamente insuperables, pero de momento sí divergentes que complican la labor del juzgador a la hora de emitir la sentencia con las medidas a adoptar. Y, aunque a veces las partes pueden sentir que no hay respuestas jurídicas a sus problemas

personales, la acción judicial y la representación de las respectivas defensas técnicas protegerán sus intereses⁴⁶⁹. Por eso, dentro de las coordenadas legales-psico-sociales y conyugales-filiales es donde se fragua el conflicto conyugal y parental, y ante los efectos negativos que pudieran concurrir en el aspecto emocional y social de los menores, se evalúa este alcance para acertar con la decisión más justa y beneficiosa para todos, sobre todo si existen circunstancias específicas que de manifestarse pudieran comprometer, incluso, la integridad física y psíquica de los menores.

Desarrollamos a continuación las clases de pericia en función del objeto sometido a valoración.

a) Pericia Psiquiátrica

La pericia, por tanto, puede tener como objeto analizar el comportamiento humano, y en este caso, y si el peritaje tiene carácter psiquiátrico, que se verifique si en el sujeto examinado concurre alguna patología y se determine el grado de incidencia en la capacidad de obrar. Pero no se debe confundir, por tanto, la psiquiatría con otras disciplinas que, por su relación más o menos próxima, parezca que abarcan la misma temática, dado que los diagnósticos clínicos de enfermedades mentales sólo pueden proceder de médicos psiquiatras. Pero esta investigación sobre la concurrencia de alguna patología no procederá si previamente no existen indicios del padecimiento de una enfermedad mental o incluso evidencias de que la ha padecido, pues de lo contrario se estaría importunando a la parte contraria al insinuar que su salud mental no es del todo normal⁴⁷⁰.

En estos casos, se trata de establecer un diagnóstico, pronóstico y las repercusiones que el padecimiento de una patología puede tener en la relación para con los menores, cuando los hubiere, a efectos de ostentar la guarda y custodia o fijar el régimen de visitas. Incluso, ese diagnóstico puede determina la capacidad y autonomía que tiene el sujeto para desenvolverse en la vida diaria. Para ello, se procederá a explorar al sujeto que supuestamente está enfermo y en ocasiones, también resulta de utilidad que el cónyuge acuda a una entrevista para fijar los hechos en la historia clínica del paciente.

⁴⁶⁹ Cf. RIPOL-MILLET, A., *Estrategias de mediación en asuntos familiares*, Madrid, 2011, p. 23.

⁴⁷⁰ Cf. ORTUÑO MUÑOZ, P., “El dictamen de especialistas como prueba pericial *sui generis* en el Derecho de Familia y la mediación”, en: *Revista del Poder Judicial*, 37 (1995) p. 196.

Puede ocurrir que la enfermedad no sólo haya repercutido en la pareja, hasta tal punto que ha conducido a la ruptura, sino que pudo y puede continuar repercutiendo sobre los hijos, a quienes también interesará examinar.

b) Pericia Psicológica

La pericia psicológica, por el contrario, se centra más en examinar aquellas conductas y actitudes que no se encuentran en la esfera de la normalidad o que siendo normales, se encuentran afectadas por una alteración transitoria de las emociones y que pueden resultar perjudiciales para la convivencia, analizando los rasgos que se extraen de las condiciones psíquicas y sociales de los sujetos periciados y también cómo interrelacionan entre sí, con especial atención a las vivencias entre los familiares más próximos (abuelos, tíos...).

Incluso, se han dado casos en los que se hace particularmente necesario tutelar a los menores frente a situaciones que terminan denigrando a la persona y su propia dignidad humana, como los fundamentalismos y las sectas, lo que deriva en comportamientos negligentes y abusivos por parte de los progenitores hacia los hijos. En ocasiones, la pertenencia al grupo sectario con la influencia que pueda tener en el grupo familiar viene a acompañado del padecimiento de alguna psicopatología en los propios progenitores que termina incidiendo negativamente en los niños, pues existe una mayor probabilidad de que los menores desarrollen esos trastornos⁴⁷¹.

Muchas veces, estos datos pueden encontrarse en informes previos con antecedentes médicos, prescripción de medicación y terapias realizadas que se unen a los autos y que pueden, incluso, ser contrastados por sus autores en presencia del juez.

c) Pericia médica forense

En un proceso matrimonial, ante un supuesto en los que existan indicios de que uno de los progenitores pudo abusar sexualmente de los hijos y no se haya cursado una denuncia formal ante la jurisdicción penal, el informe pericial de expertos y más concretamente de los médicos y psicólogos forenses puede ser definitivo. En ocasiones, el caso se presenta complejo cuando a una denuncia por presunto abuso sexual incoada

⁴⁷¹ Cf. ARCH MARIN, M., JARNE ESPARCIA, A., MOLINA BARTOMEUS, A., y ALIAGA MOORE, A., “Evaluación pericial de la guarda y custodia de los hijos de familias bajo situación sectaria”, en: *Revista de Psicoterapia*, Vol. XX, nº 78-79, (2009) p. 144.

por parte de uno de los progenitores se cruza otra denuncia procedente del otro progenitor por manipulación parental o el llamado “Síndrome de Alienación Parental”⁴⁷². De hecho, esto ha sido una estrategia urdida fundamentalmente por algunas progenitoras que no tienen reparo en acudir a este tipo de argumentos cuando se trate de mancillar la imagen del otro cónyuge o ganar tiempo para prolongar la estancia con los hijos y así poder influenciarlos. A pesar de que esto puede parecer un tanto rocambolesco, lamentablemente es un hecho constatable en muchos casos de separación y divorcio contencioso.

También, en supuestos de adicciones a sustancias tóxicas (drogodependencia, alcoholismo), puede ser fundamental acordar un análisis toxicológico o capilar practicado por el Instituto Nacional de Toxicología⁴⁷³ o solicitar la intervención del Servicio de Asesoramiento a Jueces e información al detenido y a su familia⁴⁷⁴ (SAJIAD) para detectar si existe un consumo habitual de drogas. En este caso, podría solicitarse conjuntamente un informe pericial al SAJIAD como también al Gabinete de Psicólogos adscrito al juzgado para que se pronuncie sobre todos aquellos extremos necesarios para confirmar si existe un consumo de drogas, la gravedad del mismo y cómo afecta a las condiciones psicológicas globales del sujeto examinado.

d) El dictamen Psicosocial

Resulta significativo que en el Derecho de Familia, para el enjuiciamiento en los procesos matrimoniales se haya introducido una línea de exploración e indagación

⁴⁷² Cf. CASALS CAMPOS, E., *Abuso sexual (o maltrato) vs manipulación parental*, Valencia, 2013, pp. 26 y 27.

⁴⁷³ Cf. PUJOL CAPILLA, P. Y SÁNCHEZ ALONSO, M., *Manual de actuaciones en sala. Técnicas prácticas de los procesos de familia*, Madrid, 2013, p. 255.

⁴⁷⁴ Este servicio existe con la finalidad de favorecer la integración social de drogodependientes que a su vez tienen causas judiciales pendientes o se encuentran detenidos. En los 25 años desde que se creó este servicio, el SAJIAD ha ofertado sus servicios a 289.798 detenidos, ha asesorado a 70.107 drogodependientes, ha asistido a 12.779 juicios en calidad de peritos y ha emitido 56.283 informes, con lo que se destaca una labor eficiente desempeñada por este servicio en colaboración con el Ayuntamiento de Madrid, la Administración de Justicia e Instituciones Penitenciarias (Disponible en: <http://www.eldistrito.es/frontend/eldistrito/Madrid-Colabora-Con-Jueces-Y-Fiscales-Para-Lograr-La-Reinser-vn22776-vst250> [Consultado el 2 de mayo de 2015] y para más información sobre este tema también disponible en <http://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Ayuntamiento/Salud/Adicciones/Servicios-y-Recursos-de-apoyo-al-tratamiento-y-la-reinsercion?vgnextfmt=default&vgnextoid=ff53e9c912021210VgnVCM1000000b205a0aRCRD&vgnnextchannel=d4ea0c5600847010VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&idCapitulo=5328160> [Consultado el 2 de mayo de 2015].

singular que no atiende tanto a constatar y evaluar hechos pasados sino que adquiere una función de prever o pronosticar el futuro siguiendo unos parámetros objetivables y atendiendo a lo que las partes y los menores pudieran querer y solicitar. Se plantea, por tanto, lo que podríamos denominar una “nueva prueba” que opera no sólo en el ámbito del Derecho de Familia sino también en otros ámbitos de la actividad jurisdiccional⁴⁷⁵. Debemos, pues, considerar si estamos ante una prueba más innovadora y reveladora, si cabe, por cuanto puede pronosticar de cara a un futuro, y si a la misma, a pesar de no estar integrada en el concepto de prueba pericial clásica, puede otorgársele la misma consideración.

Realmente, si se lee con detenimiento el art. 92.9 CC se deduce que la posibilidad de recabar “*el dictamen de especialistas debidamente cualificados*”, de oficio o a instancia de parte, no es una obligación con la que deba cumplirse en todos los casos en los que existan menores dentro de un procedimiento de separación o divorcio contencioso. Y, sin embargo, en la práctica se está utilizando esta posibilidad que debería ser puntual como un criterio ordinario y con carácter habitual. Se critica, por tanto, que donde existen estos profesionales no hay pericial designada en forma legal, ni particular ni de designación judicial en la forma prescrita que invada sus competencias aún no encontrándose estas determinadas expresamente⁴⁷⁶.

La ausencia de criterios claros sobre cuándo es o no necesario recurrir al informe del equipo psicosocial y la falta de regulación que concrete las circunstancias y motivos

⁴⁷⁵ La actividad de los equipos técnicos no sólo se materializa en el Derecho de Familia a través de los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados sino también en otras facetas que aconsejan la intervención de psicólogos, educadores y asistentes sociales. Así pues, en la jurisdicción de menores, se considera relevante las tareas de estos profesionales para cumplir con el componente educativo que la ley confiere a este tipo de procesos y que abarca diversos momentos procesales, como se desprende de algunos preceptos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Asimismo, en materia penitenciaria y en relación con las actividades de reeducación y reinserción social de los penados, en el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario se hace alusión a los “*equipos técnicos, especializados y estables*” (cf. art. 90.3) cuyas tareas serán de observación, clasificación y tratamiento. Igualmente, en el ámbito del Derecho Penal, para poder conocer la personalidad del acusado a efectos de concretar la pena se va a requerir el diagnóstico por parte de los equipos técnicos. En la otra cara de la moneda se encuentran los que son víctimas de una actividad delictiva y también para ellos se va a activar una unidad de intervención de especialistas psicólogos y asistenciales siempre que estas personas lo necesiten.

⁴⁷⁶ Cf. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “La Ley de Enjuiciamiento Civil: un folletón por entregas”, en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *Procesos de familia. Aspectos dudosos: soluciones e interpretaciones*, Madrid, 2003, p. 24.

que pueden recomendarlo (en parte para hacer un uso más comedido y ajustado a los medios humanos y materiales disponibles), ha desatado una problemática seria sobre la que se elevan quejas continuadas por los usuarios de la justicia en los procesos de familia⁴⁷⁷.

Ciertamente, si para los procesos matrimoniales la ley informa sobre la necesidad de garantizar que el juez obtenga datos más específicos para una decisión más justa y lógica a través del dictamen de especialistas, de algún modo está manifestando que este dictamen puede ser importante y revelador. Pero, por otro lado, en la referencia genérica del art. 92. 9 CC realmente no se especifica una necesidad imperiosa como tampoco se hace alusión alguna a cómo han de actuar estos equipos, con lo cual, la introducción de este elemento como algo útil y necesario en los procesos de familia pierde valor al no estar respaldado por una norma que reglamente su estructura orgánica y el modo de su intervención. Otra cosa es que los jueces, por comodidad, aprovechen este vacío en la ley para hacer uso habitual de este medio y de algún modo, entenderlo como una forma de economizar y agilizar los procesos al disponer de un servicio dentro del propio Juzgado⁴⁷⁸.

Por tanto, pese a que sostenemos que inicialmente podría considerarse el dictamen de especialistas procedente de los Equipos Psicosociales como verdadero medio de prueba, no admitimos ni estamos de acuerdo con que el mismo haya desbancado la prueba pericial procedente de peritos externos cuando se solicita por medio del juez. Además, nuestra crítica es mayor al comprobar la importancia desproporcionada que se le da al dictamen de especialistas de los Equipos Psicosociales si actualmente caben tantas lagunas en la ordenación de su actividad y en la inclusión en los autos dentro del entramado procesal. No es de recibo que una figura que no está reglada reciba mayor consideración o se utilice más que otra que sí está contemplada en la LEC con todas las exigencias y garantías del Derecho.

Ahora bien, desde la óptica de la necesidad u obligatoriedad de la pericia en los procesos matrimoniales civiles, hemos de advertir que en ningún precepto de la norma

⁴⁷⁷ Los ciudadanos que se consideran afectados por los resultados un tanto arbitrarios de los Dictámenes de los Equipos Psicosociales han reclamado ante el Defensor del Pueblo y se han asociado formando diversos colectivos para reivindicar una regulación de estos Equipos y de los Informes que en su opinión carecen de una base científica en la que apoyar sus conclusiones.

⁴⁷⁸ Esto se puede volver en su contra porque si aumenta el número de supuestos que deben examinar con los mismos medios, se puede producir un colapso de los Equipos Psicosociales.

procesal o sustantiva referente a estos procesos especiales se impone la pericia como algo obligatorio, sino que más bien se desarrolla en términos de conveniencia y discrecionalidad de las partes así como por parte del juez. Aún así, la posibilidad de proponer la prueba pericial por parte del juez se ha venido traduciendo en una práctica constante que parece ratificar su necesidad, a pesar de que lo haga desde la óptica de los dictámenes psicosociales y aunque sobre estos persista un continuo debate entre quienes no lo consideran una prueba pericial en sentido estricto dada su falta de regulación por ley y por parte de quienes sí le otorgan un peso similar. Por tanto, quizá cabe preguntarse si realmente existe esa necesidad o se ha creado paulatinamente, desarrollando más bien una dependencia de los órganos judiciales respecto a la valoración de expertos.

2.1.1. La prueba pericial privada en los procesos civiles matrimoniales

La prueba pericial privada procede de la voluntad y el encargo de las partes quienes, directamente, procuran la ayuda de un profesional para que emita un informe sobre aquello que pretenden demostrar. Este fenómeno se encuentra bastante extendido y, en parte, ha surgido como reacción ante la idea difundida sobre la negativa de los jueces a nombrar peritos externos tras pedirlo las partes cuando ya disponen de los informes psicosociales para la misma finalidad.

Ahora bien, si los dictámenes de los equipos psicosociales reciben numerosas y fuertes críticas no sólo en cuanto a su contenido sino también en relación al protocolo en el que se insertan, totalmente irregular y arbitrario, la prueba pericial de parte o privada, llevada al proceso matrimonial no resulta por ello menos discutida, sobre todo cuando en los últimos años se ha incrementado el número de gabinetes periciales que se dedican a realizar informes periciales de cualquier clase, a petición de las partes y que éstas posteriormente aportan al proceso, cuando más que un informe pericial no deja de ser un conjunto de opiniones que obedecería a la consideración de prueba documental sin más⁴⁷⁹. O, lo que es más grave, y acaba siendo objeto de denuncia en la jurisdicción civil o penal y también elevado a los correspondientes Colegios de Psicólogos, que los

⁴⁷⁹ Cf. PUJOL CAPILLA, P. Y SÁNCHEZ ALONSO, M. *Manual de actuaciones...* o.c. p. 248.

informes sean falsos y sirvan para completar la estrategia de los abogados a cuyos clientes les recomiendan la intervención de ese psicólogo en concreto⁴⁸⁰.

Debido en parte a que en la práctica los jueces se refugian en los dictámenes del equipo psicosocial y excluyen el nombramiento de un perito, aún pidiéndolo las partes, se ha extendido la práctica de acompañar con la demanda o el escrito de contestación a la misma informes procedentes de psicólogos que han sido escogidos minuciosamente por los propios letrados y recomendados a sus clientes, sabiendo que por una cuantiosa suma de dinero en concepto de honorarios profesionales el psicólogo plasmará sobre el papel aquellas conclusiones que resulten favorables a las pretensiones judiciales de la parte contratante de los servicios.

Esto ha derivado en contradicciones manifiestas entre los dictámenes del equipo psicosocial y los dictámenes aportados por las partes, reforzando la confianza casi ciega en los informes psicosociales hasta el punto de convertirse en preferentes. El ejemplo lo encontramos en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Valencia, de 7 de diciembre de 2012, donde se argumenta: *“el informe pericial del Gabinete –al que damos un valor dirimente en relación a los otros dos dictámenes privados, contradictorios e incompletos al no haber valorado a todos los miembros de la unidad familiar–, ciertamente recomienda mantener la custodia materna “al no apreciarse factores de tipo psicosocial que hagan aconsejable un cambio en la modalidad de custodia”, pero examinado en su conjunto el dictamen, no encontramos a diferencia de otros muchos informes emitidos por el mismo servicio, razones de peso para no avanzar hacia un modelo de convivencia compartida”*⁴⁸¹.

A este problema se añaden otras actitudes que, examinadas en el conjunto demuestran que la labor pericial, en estas situaciones, se encuentra viciada desde un principio al existir connivencia entre el abogado y el psicólogo y a su vez con la parte

⁴⁸⁰ Algún autor ha señalado que, precisamente, los dictámenes de parte son los que vienen a plantear más problemas de tipo legal y ético: *“...una gran parte de las reclamaciones que se presentan a los profesionales de la Psicología por presuntas infracciones Deontológicas ante las distintas Juntas Rectoras de las delegaciones, se deben a la emisión de informes de parte que se presentan en los Juzgados de Familia como prueba (...). Teniendo en cuenta que el uso real que se hace de estos informes por parte de personas que no pertenecen al ámbito de la Psicología, puede tener importantes repercusiones éticas y sociales, no sólo para las personas implicadas (Jueces, Fiscales, letrados de ambas partes, personal del juzgado, etc.) sino también para los profesionales que los han firmado”* (DEL RÍO, C., “Informes de parte en conflictos matrimoniales: implicaciones deontológicas”, en: *Infocop*, 10 (2000) p. 15).

⁴⁸¹ Roj SJPI 54/2012.

interesada para realizar la exploración del progenitor y de los menores a escondidas y bajo el más absoluto secreto, de manera que la parte contraria nada pueda sospechar y, por ende, propicia que se encuentre con una sorpresa que no sólo no resulta grata sino que incluso puede ser constitutiva de delito⁴⁸². Este tipo de dictámenes versan sobre la personalidad del menor que es objeto de estudio y la del progenitor que quiere aparecer como el más idóneo para ostentar la guarda y custodia, recogiendo todo tipo de consideraciones sobre las relaciones que el menor mantiene con ambos progenitores, cuáles son sus preferencias junto con unas propuestas de actuación en el caso de ruptura de la convivencia de los padres⁴⁸³.

El problema con el que nos encontramos es que en muchas ocasiones se producen falsedades en estos informes porque los peritos valoran a los menores sin informar a uno de los progenitores, valoran a un progenitor sin que previamente lo conozcan o muchas veces por falta de competencia o incluso por mala fe, reproducen valoraciones que son totalmente falsas.

En la mayoría de las ocasiones, estos informes los solicita la parte actora a un psicólogo libremente escogido por ella para que pueda secundar sus pretensiones. En otras circunstancias, aprovechando que los menores asisten a una terapia también por elección de uno sólo de los progenitores, se emiten informes sobre la motivación de las sesiones, el tipo de terapia que se sigue, la evolución del menor e, igualmente un modelo de propuesta para la guarda y el régimen de visitas. En todo caso, estas pericias externas que presenta sólo uno de los progenitores sin que el otro tenga conocimiento no sólo carecen de valor procesal sino que, en muchas ocasiones, se han valorado como un indicio de mala fe por parte de quien las ha aportado, dando lugar a que se justificara ampliamente la condena en costas. Este proceder, además, contraviene lo dispuesto en

⁴⁸² En foros abiertos en la red se ha podido constatar que cada vez son más las personas que comparten su experiencia negativa cuando intervienen este tipo de informes recabados por una sola de las partes a espaldas del otro progenitor, causando dolor y daños irreparables. Se critica fundamentalmente que los jueces sean engañados por estos profesionales al someterse íntegramente a sus dictados. Estas quejas se han canalizado a través de la Asociación Española de Abogados de Familia y otras plataformas que agrupan a quienes se sienten afectados o víctimas de decisiones injustas.

⁴⁸³ Cf. GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “Medios de prueba”... o.c., p. 476.

el art. 25 del Código Deontológico de los psicólogos⁴⁸⁴, mostrando claramente una falta de ética personal.

Al respecto, resulta interesante la STS 569/2014, de 14 de octubre⁴⁸⁵, donde se inadmite como prueba un dictamen procedente de psicólogo privado que obtuvo la madre –quien además era médico de profesión– para así poder limitar el régimen de visitas para con el padre. El Tribunal Supremo afirmó que “*no era el medio idóneo para probar un cambio de circunstancias*” en la relación del padre con los menores y terminó por calificar el informe rechazado como una “*opinión psicológica escrita*” dado que no posibilita “*que las partes y el juzgador pudieran pedir cuantas aclaraciones, precisiones y complementos consideraran necesarios*”.

Referimos, además, algún supuesto en el que el profesional psicólogo, tras exploración realizada sobre los menores sometidos a una lista interminable de pruebas, entrevistas y test, emite un informe donde se atreve a diagnosticar en el otro progenitor el padecimiento de un grave desorden o trastorno que lo convierten en una persona peligrosa y nada recomendable para permanecer junto a los hijos, atreviéndose incluso a solicitar, a modo de sugerencia, que se tomen medidas urgentes contra él. Es decir, que, incluso aún no habiendo ninguna circunstancia precedente que alertara de este comportamiento, se le imputan conductas sin conocer al sujeto, sin haber sido explorado por el psicólogo que ha emitido su informe, además de no pedirle permiso ni informarle sobre el examen que se estaba practicando a sus hijos.

El debate no sólo sugiere que existe una clara indefensión hacia la parte que forzosamente es mantenida al margen sino que evidencia una recopilación de pruebas desproporcionadas y obtenidas con métodos y formas ilícitas y contrarias a la Deontología profesional del psicólogo y por extensión, también del abogado que lo recomendó.

En la actualidad, entre las múltiples quejas que han llegado a la oficina de la Defensora del Pueblo, se registró una recientemente con las características que

⁴⁸⁴ art. 25 CD: “*Al hacerse cargo de una intervención sobre personas, grupos, instituciones o comunidades, el/la Psicólogo/a ofrecerá la información adecuada sobre las características esenciales de la relación establecida, los problemas que está abordando, los objetivos que se propone y el método utilizado. En caso de menores de edad o legalmente incapacitados, se hará saber a sus padres o tutores. En cualquier caso, se evitará la manipulación de las personas y se tenderá hacia el logro de su desarrollo y autonomía*”.

⁴⁸⁵ ROJ STS 4437/2014.

acabamos de referenciar⁴⁸⁶. Los hechos expuestos por la parte que se sentía perjudicada por el daño inferido a su imagen y por la situación de indefensión en el que le había colocado se denunciaron ante el Colegio de Psicólogos de Madrid. Y a pesar de que una irregularidad – se desconoce si intencionada o no, pese a que existen sospechas de que así fuera– paralizó la tramitación del expediente disciplinario contra la psicóloga, el denunciante fue más allá y puso en conocimiento de la Defensora del Pueblo todo lo sucedido, abriéndose un expediente al Colegio de Psicólogos de Madrid. Esto ha favorecido que, para evitar comprometer la garantía de eficiencia que debe ofrecer la Comisión Deontológica del Colegio, se modifiquen los mecanismos disciplinarios y se cree un protocolo de actuación que permita examinar de nuevo los expedientes deontológicos.

El riesgo de que las irregularidades descritas en la pericia privada se repitan en los informes de los peritos judiciales claramente es menor, dado que la LEC establece una serie de normas que articulan con mayor transparencia el íter de sus actos e intervenciones y, de algún modo, permiten que sus dictámenes se vean auditados desde el momento en que se encomienda la labor pericial. Por tanto, la garantía de fiabilidad, objetividad e imparcialidad que ofrecen los dictámenes de los peritos judiciales los separa notablemente de las otras prácticas periciales, bien a través de la pericia privada aportada en la forma de dictamen con los escritos de demanda y contestación a la demanda o a través del dictamen de especialistas que pueda ser solicitado por el juez, el Ministerio Fiscal o una o ambas partes.

2.1.2. El dictamen de especialistas en los procesos civiles matrimoniales

En los procedimientos de familia que resulten más controvertidos y el conflicto se presente insalvable por las partes en lo relacionado con la guarda y custodia de los hijos menores, interesará que los miembros de equipo psicosocial se pronuncien sobre las siguientes cuestiones:

- En primer lugar, habrá de analizar cómo es la personalidad de los progenitores y a su vez, indagar sobre el nivel de adaptación en el aspecto personal, emocional y familiar. Se trata de un análisis que parte de la individualidad de la persona

⁴⁸⁶ Cf. “El Colegio de Psicólogos de Madrid contra las cuerdas: la Defensora del Pueblo le obliga a revisar el procedimiento disciplinario”, artículo publicado en red y disponible en: www.asociacionabogadosfamilia.com [Consultado: 2 de mayo de 2015].

para situarlo en el conjunto de las relaciones familiares y sociales, concretamente, en cómo son capaces de interaccionar con todos los miembros de la familia, de la propia parte o de la contraria. En esto se refleja también el grado de madurez que poseen los padres.

- Será necesario, además, que se destaquen las cualidades de los progenitores en lo relacionado con el cuidado y la educación de los hijos menores, ahondando en lo que constituyen proyectos de futuro y cuáles son además sus expectativas en la vida.
- Habrá que estudiar también la personalidad del menor, cómo se adapta en el entorno familiar, con sus hermanos⁴⁸⁷ (si los tuviere) y fundamentalmente, en el ámbito escolar. Igualmente, interesa conocer cómo percibe el menor la realidad familiar, su propia relación con los padres y la atención que estos le prodigan.
- Por último, se entiende que resultará relevante analizar otras circunstancias que interesen y que guarden relación estrecha con los integrantes de la unidad familiar, proporcionando información para mejor elaborar el dictamen técnico.

Además de esta selección que hemos acotado como objeto de los dictámenes de especialistas, las posibilidades de intervención de los Equipos Psicosociales no queda limitada únicamente al procedimiento de separación y divorcio sino a toda ocasión que suponga una modificación de las medidas impuestas en la sentencia, bien sean los progenitores los que promuevan esa modificación, los hijos o incluso el propio juez de oficio conforme establece el art. 158 CC⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ En el art. 92.5 CC se establece que “*El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos*”. Por tanto, las medidas no sólo contemplan cómo quedan los hijos respecto de los padres sino ellos mismos, en la relación fraternal que les une.

⁴⁸⁸ art. 158 CC: “*El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. 2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3. Las medidas necesarias para evitar la sus tracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. 4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas*

Todo esto permite que de la variedad de temáticas se generen tantos informes como situaciones deban ser evaluadas y asimismo, intervengan tantos profesionales como requieran las materias objeto de pericia. De este modo, se podrá contar con:

- *Informes periciales psicológicos y/o psiquiátricos*: La condición psíquica de los sujetos, fundamentalmente de los progenitores, resulta elemental para determinar la salud psíquica de aquellos con los que el menor compartirá la mayor parte del tiempo en función del régimen de custodia que se atribuya a los progenitores. De hecho, la evaluación psicológica atiende no sólo a la presencia de desórdenes, anomalías psíquicas o enfermedades mentales, sino también a enunciar los presupuestos de una madurez mínima que sea acorde a las obligaciones y deberes que se desprenden de la relación paterno y materno filial normal.

A su vez, la actuación de los equipos psicosociales se presta a una intervención múltiple, de manera que abarca situaciones diversas y en función de ellas emite un dictamen específico:

- *Informes psicosociales*: Este tipo de informes integran además de las condiciones psíquicas los condicionantes sociales que afectan primordialmente a los menores y a cómo estos se desenvuelven en los distintos ambientes, de manera que sirva para analizar si los mismos son aptos para ellos y si alguno les puede afectar negativamente en su formación y crecimiento psíquico. Se trata, por tanto, de hacer una especie de encuesta o investigación social⁴⁸⁹, de manera que se pueda evaluar el entorno del menor y cómo se estructuran las relaciones familiares que surgieron con anterioridad a la crisis de los padres. Esta es una forma de contextualizar una realidad que viene a ser desconocida por el juez y que además, no siempre se ajusta a la verdad, dado que las partes tendrán interés en exponer una versión parcial o incompleta de los hechos. Junto a estas astutas estrategias se une la remisión a informes anteriores o documentos que en el pasado o en un proceso anterior les haya podido favorecer a las partes proponentes, de manera que habrá que examinar con qué fecha fueron emitidos esos documentos y comprobar su vigencia para constatar el grado de fiabilidad, pues claramente pueden haber cambiado las circunstancias que motivaron su emisión en el pasado.

medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”.

⁴⁸⁹ Cf. ORTUÑO MUÑOZ, P., “El dictamen de especialistas... o.c. p. 205.

En los supuestos en que se constate una pertenencia a grupos sectarios, además de la exploración del perfil psicosocial de los progenitores y sus habilidades en el cuidado de los hijos, un factor clave en esta evaluación forense será la exploración del grado de implicación vivencial de uno o ambos progenitores al grupo sectario⁴⁹⁰.

- *Informes sociofamiliares*: Estos informes atienden al círculo que rodea las vivencias familiares de unos y otros y examina la naturaleza de esas interrelaciones. Incluso, incluye a las nuevas parejas –si las hubiere– y también a la familia extensa. No se ha de escatimar en recursos de intervención como entrevistas, reuniones conjuntas con los progenitores, test, si los mismos pueden ser reveladores de elementos objetivos que tengan peso en la decisión del juez.

- *Valoraciones psicológicas y sociofamiliares*, sobre todo en aquellos menores que han sido víctimas de delitos sexuales y malos tratos como consecuencia de la violencia doméstica. En estos casos, la intervención de los psicólogos no sólo abarca la elaboración del correspondiente dictamen a partir del examen directo realizado sobre los menores, los familiares y su entorno sino que, incluso, se requerirá que estos profesionales, conocedores de esas circunstancias concretas, se personen ante el juez acompañando al menor cuando estemos ante una diligencia de exploración de menores. Estos supuestos presentan un cuadro de difícil manejo para el juez, sobre todo cuando los menores experimentan problemas a la hora de comunicar o se sienten cohibidos por los malos recuerdos de lo ocurrido, de manera que un profesional de la psicología pueda interpretar lo que el menor está transmitiendo y ayudando al juez a recomponer la historia que está contando para una mejor comprensión de los mismos si por los típicos nervios pudiera estar relatando de forma desordenada.

De forma casi paralela, el Trabajador Social –que forma parte del quipo psicosocial– realiza un estudio del entorno socio-económico con métodos más o menos similares en relación a las entrevistas y encuentros bilaterales, aunando en su trabajo el conjunto del grupo familiar analizado. Además, lleva a cabo un reconocimiento del

⁴⁹⁰ Puede resultar interesante que el propio Juzgado solicite a expertos en Sectas que emitan un informe sobre el grupo concreto al que pertenecen uno o ambos progenitores, para evaluar el alcance de sus manifestaciones a nivel individual y colectivo en el ámbito religioso, social, cultural y psicológico. Se hace necesario evaluar la cultura sectárea, el grado en que el progenitor o ambos están vinculados con la secta y si eso propicia una situación de riesgo significativo para el desarrollo y evolución del menor (Cf. ARCH MARIN, M., JARNE ESPARCIA, A., MOLINA BARTOMEUS, A., y ALIAGA MOORE, A., “Evaluación pericial de la guarda... o.c., p. 145 y 147).

lugar donde los miembros de la unidad familiar realizan sus actividades diarias (viviendas de los dos progenitores) y también de las personas (los progenitores y los menores fundamentalmente)⁴⁹¹.

En cualquiera de estas valoraciones o informes producto de la intervención de los equipos psicosociales se podría atender, además, a la detección de anomalías conductuales –que no se refieren en absoluto a enfermedades mentales– que podrían constituir un obstáculo para una convivencia normal con el progenitor que las padece. Estas anomalías pueden adoptar la forma de obsesiones, creencias o dificultades a la hora de comprender y aceptar la realidad⁴⁹² y su etiología no tiene por qué ser duradera en el tiempo, pudiendo desaparecer con un proceso de acompañamiento y racionalización de las situaciones problemáticas creadas. Esto no puede significar, de ningún modo, que encontrada esa anomalía se dicten medidas que dejen al progenitor aislado sino que su recuperación dependerá, en gran medida, de que se le tome en cuenta y se le realice un seguimiento para ir adaptando las medidas.

Hasta ahora la función y labor de los equipos psicosociales, –mal planteada desde un principio sin una cobertura jurídica suficiente– ha quedado circunscrita a los procedimientos contenciosos de separación o divorcio para aportar luces en torno a la resolución del conflicto sobre el régimen de guarda y custodia de un hijo menor. Pero, aprovechando la ausencia de legislación al respecto y a modo de propuesta, nos atrevemos a sacarle mayor rendimiento a esta figura institucional pensando que se le podrían atribuir otras funciones que vendrían, por un lado, a agilizar los procedimientos,

⁴⁹¹ Se han descrito algunos extremos sobre los que versa el informe del equipo psicosocial en la parte que le corresponde desarrollar al Trabajador Social, que debe indagar y valorar las *“Características de la vivienda, barrio en que está enclavada, modalidad (propia o alquilada) y precio de la misma. Situación laboral, oficio o profesión de los miembros del núcleo familiar que trabajan, horario, sueldo y modalidad laboral (contrato fijo, eventual o autónomo). Nivel cultural de los cónyuges y/o personas que convivan con los menores, estudios realizados, e inquietudes culturales, de cada uno de ellos. Escolarización de los menores, colegio donde están inscritos, precio y tipo del mismo (público o privado); estudios que cursa cada menor y rendimiento escolar; pautas de interacción de cada menor con los profesores y con los compañeros, integración del menor en las actividades de carácter general. Interés por parte de los padres o personas relacionadas directamente con los menores, sobre su marcha en los colegios. Realización de entrevistas con terceras personas, directa o indirectamente relacionadas con el núcleo familiar, a fin de aportar una mayor información sobre el caso en estudio”* (ALAMEDA FERNÁNDEZ, I., LILLO JOVER, J., Y OTROS, “Los equipos técnicos en los Tribunales de Familia”, en: *Revista Papeles de Psicólogo*, nº 7 (1982). <http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=98> [consultado: 8 de Junio de 2015]).

⁴⁹² Cf. ORTUÑO MUÑOZ, P., “El dictamen de especialistas... o.c. p. 205.

y por otro, a conseguir que muchos otros procedimientos no se iniciaran porque las partes pudieran llegar a un acuerdo por sí mismas o con la ayuda de un mediador.

No sería descabellado pensar que, además de elaborar los informes técnicos que el órgano jurisdiccional les pudiera solicitar con una frecuencia menor y sólo en momentos puntuales, pudieran desarrollar otras funciones como las que a continuación se indican bajo la propuesta de ampliar así su radio de acción y que parece ser más oportuna y eficiente:

- Información sobre la posibilidad de acudir a formas alternativas para resolver los conflictos que brotan de la crisis familiar, como es la mediación, reforzando la capacidad de las partes para resolver por sí mismas los problemas sin necesidad de tener que recurrir a un procedimiento judicial contencioso, alcanzando posturas de mutuo acuerdo⁴⁹³.
- Intervención puntual como ayuda al matrimonio y/o los hijos para darles pautas sobre cómo dirigir y afrontar la crisis conyugal o familiar.
- Realizar un seguimiento a la familia y prestarles apoyo antes el surgimiento de desavenencias que ocasionen el resurgimiento de un nuevo conflicto.
- Presencia ocasional en los puntos de encuentro familiar o solicitud de un informe somero sobre cómo se está desarrollando el régimen de visitas para el progenitor que se encuentra con los hijos en ese espacio o los recoge para llevárselos consigo. En caso de que miembros del Equipo Psicosocial tengan una presencia en estos puntos de encuentro podrían constatar si el caso ha evolucionado, si se han conseguido llegar a acuerdos e incluso se han producido intercambios fuera del centro⁴⁹⁴.

Con esta propuesta, creemos se puede conseguir que haya un porcentaje mayor de éxito en la resolución de conflictos familiares y se permita una continuidad de la actividad de los profesionales que por primera vez evalúan a los sujetos que acuden a la entrevista técnica en el Juzgado, de manera que no se limiten a describir unos hechos o a proponer unas pautas de actuación sino que se involucren a la hora de fomentar que

⁴⁹³ Cf. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Sobre la disponibilidad del objeto... o.c., p. 55.

⁴⁹⁴ Esta intervención puede tener especial relevancia en fase de modificación de medidas, por aquellos datos que pudieran acompañar y ratificar las razones alegadas por los progenitores.

esas medidas u obligaciones se puedan cumplir convenientemente⁴⁹⁵. Sin duda, existirá una mayor coordinación a la hora de ejecutar las actuaciones de intervención entre los profesionales del Equipo Psicosocial del Juzgado y los profesionales del punto de encuentro familiar.

Uno de los inconvenientes que se podrían alegar podría ser la imposibilidad de compaginar la labor de los equipos psicosociales adscritos al juzgado por falta de tiempo o recursos humanos, pero lo encontraríamos factible si aumentaran la plantilla de profesionales del Equipo psicosocial que, sin duda, mejoraría además la calidad de los dictámenes al poder repartir el trabajo entre otros empleados⁴⁹⁶. Esta reivindicación redundaría en beneficio de muchas más cuestiones relacionadas con el Equipo Psicosocial que hoy en día están en el punto de mira y resultan tan cuestionables y denunciables al mismo tiempo.

a) Aspectos controvertidos de los Informes de los equipos psicosociales

Actualmente, la actividad de los equipos psicosociales en modo alguno se encuentra reglada ni amparada por ninguna disposición con rango de ley, de manera que, dentro de los peritos judiciales constituyen una auténtica irregularidad. Según los argumentos esgrimidos en contra de aceptar las conclusiones de estos profesionales encontramos algunos que niegan el carácter científico de su metodología y los juicios temerarios que vierten en sus informes en forma de recomendaciones, sobrepasando sus competencias no sólo científicas sino incluso también legales.

Por tanto, esto indica que el dictamen de especialistas da un paso más allá de lo que viene siendo el objeto de la prueba pericial tradicional. Pero esto entraña el riesgo de que se produzca una falta de exhaustividad en los informes, quedándose en anotaciones superficiales que en realidad no conducen a una evaluación integral del sujeto. Esto, en parte, puede provenir de que la intervención de estos profesionales se

⁴⁹⁵ Son muchos los temas que se suceden en el ámbito familiar y que parecen generar conflictos interminables, bien por cuestiones relacionadas con los gastos extraordinarios y necesarios de los menores, las vacaciones, la formación religiosa (celebración de sacramentos), la elección del centro escolar o las actividades extraescolares, entre otros.

⁴⁹⁶ Ya en el Informe Anual del Defensor del Pueblo, en el año 2009, el Ministerio de Justicia informó que se estaba valorando la posibilidad de incrementar los medios personales de los equipos psicosociales, una cuestión que, a día de hoy, ha quedado en papel mojado porque siguen integrados por el mismo número de profesionales sin haber experimentado un aumento (DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2009 y debates en las Cortes Generales*, p. 222, en: www.defensordelpueblo.es [Consultado: 15 de mayo de 2015]).

realiza exclusivamente en el contexto público, mientras que otros psicólogos forenses privados pueden ejercer tanto en el ámbito público como en el privado, lo que les confiere mayor independencia y les permite, a su vez, que puedan realizar más pruebas psicométricas y se extiendan en las entrevistas el tiempo que sea necesario para poder realizar una valoración en profundidad.

Las denuncias sobre la carencia de base científica de las conclusiones de estos especialistas versan sobre diversos aspectos que, de no subsanarse ni tomarse en serio, pueden prolongar sin término el debate ya abierto y lo peor de todo, alimentar aún más el sentimiento de indefensión entre las partes que se consideran ofendidas. Así pues, extraemos aquellas circunstancias que detectamos y que son criticables en este tipo de dictámenes:

- Inexistencia de un protocolo de actuación que establezca el procedimiento a seguir desde el comienzo de la exploración o examen hasta la presentación ante el órgano jurisdiccional.
- Ausencia de explicaciones a los sujetos evaluados de los criterios decisorios del informe, sin dejar claro cuál es la variable que puede adquirir mayor peso⁴⁹⁷.
- Carencia de recursos o insuficiencia de las herramientas que se utilizan, muchas veces consideradas inadecuadas, improcedentes o incluso, para nada ajustables a los objetivos que se pretenden conseguir.
- Imposibilidad de comprobación o cotejo de las manifestaciones del informe con la realidad de las mismas por parte de los usuarios, unido a que tampoco existe un procedimiento para impugnar esos dictámenes.
- Falta de transparencia y objetividad en los dictámenes además de reflejar en muchas ocasiones el marco ideológico y doctrinal del órgano juzgador, de

⁴⁹⁷ A pesar de que se espera que el profesional que realiza el examen sitúe al periciando adulto ante los aspectos de la entrevista relativos al entrevistador y al entrevistado, el desarrollo de la entrevista y los objetivos que se pretenden lograr, esta contextualización en ocasiones no forma parte del discurso técnico del sujeto sino que depende de las cualidades más bien personales del profesional, que no se ciña exclusivamente a su cometido sino que informe convenientemente sobre el mismo. De esta forma, recogiendo esta fórmula de manera obligatoria y haciéndola habitual en el transcurso de estas exploraciones, se conseguiría mitigar la incertidumbre que siente el progenitor y reducir la ansiedad que experimentan ante una situación para ellos desconocida y que en cierto modo les compromete. Esta es una forma, pues, de conseguir que exista un ambiente favorable para conseguir la necesaria colaboración.

manera que puede existir cierta coacción sobre los equipos psicosociales para no apartarse de la corriente marcada.

- Intervención nula de las partes y sus defensores en el desarrollo de las técnicas de evaluación, aludiendo al precepto del art. 345 LEC para que ni las partes ni sus defensores presencien una entrevista que pudiera estorbar e impedir la labor del perito⁴⁹⁸. Si para el reconocimiento de los litigantes y menores aún podría justificarse esta prevención, en el caso de reconocimiento de lugares y terceros no tiene tanta cabida la sospecha de que esta presencia pudiera alterar el desarrollo normal de dicho reconocimiento⁴⁹⁹.

Esta situación no es desconocida para la mayoría de operadores jurídicos ni tampoco para las Instituciones del ámbito judicial, máxime cuando el Defensor del Pueblo ha solicitado informes sobre esta situación al Consejo General del Poder Judicial, a la Fiscalía General del Estado y a algunas comunidades autónomas que hubieran asumido competencias en esta materia, al igual que al Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos⁵⁰⁰, con el fin de recabar datos que puedan atajar los problemas surgidos a raíz de los dictámenes de los equipos psicosociales. Todavía hoy no ha habido al respecto un pronunciamiento concluyente y se siguen sucediendo estos dictámenes sin las garantías necesarias para tutelar los derechos de todos los justiciables y mucho menos, para cumplir con el llamado “interés del menor”⁵⁰¹ en base al cual

⁴⁹⁸ De hecho, de intentar solicitar la parte o su letrado la presencia en la entrevista del progenitor contrario, será no sólo difícil, sino incluso imposible que el tribunal decida su procedencia, dado que se alegrará por parte del perito que obstaculiza la objetividad y condiciona al entrevistado (Cf. art. 345. 2 LEC).

⁴⁹⁹ No obstante, si el reconocimiento recae sobre personas aunque estas no sean del entorno próximo a los interesados, como personal del centro escolar donde asisten los menores, profesores de las clases extraescolares, etc., es posible que se traslade también a ellos la misma regla de exclusión para garantizar la plena objetividad.

⁵⁰⁰ Cf. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2007 y debates en las Cortes Generales*, pp. 268-269, disponible en: www.defensordelpueblo.es [Consultado: 18 mayo 2015].

⁵⁰¹ Queda patente la preocupación que existe por preservar este interés y mantenerlo a salvo de influencias, manipulaciones e injerencias de cualquier tipo por parte de los padres. El criterio del menor es el punto de referencia y atenderlo en un lugar preferente puede aportar al órgano jurisdiccional datos significativos sobre cómo está viviendo el conflicto y el grado de implicación. No obstante, el interés del menor también presenta una interpretación diferente según estemos ante una edad más temprana o en fase de la adolescencia, pues la óptica desde la que se viven y relatan los hechos no coincide por el hecho de que sea menor de edad, debiendo examinar con cautela otros factores que acompañan sus preferencias y que no siempre pueden resultar las que más les convengan (Cf. VARELA PORTELA, M.J., “Las medidas en los pleitos

giran, supuestamente, todas las actuaciones y se adoptan todas las decisiones, si bien es cierto que no siempre se cumple con estas expectativas⁵⁰².

Al hilo de lo expuesto, al no existir una regulación de estos dictámenes, ni en relación a lo que el órgano jurisdiccional debe requerir del informe psicosocial ni sobre los puntos sobre los que debe versar el dictamen, encontramos una aplicación desigual que adopta tantos formatos y modelos como profesionales lo elaboran. Es decir, actualmente no hay ningún precepto legal que indique los términos en los que debe desarrollarse no sólo el dictamen, sino la forma de recabar los datos que le dan soporte. Estimamos que sería necesario reconducir y unificar este proceder y, a su vez, establecer una cuantificación estimable de la gravedad del asunto para decidir sobre la procedencia de acudir a los dictámenes de los equipos técnicos que a su vez requiera la investigación y valoración por parte de estos profesionales en orden a pronunciarse sobre la gravedad de las manifestaciones, conductas o comportamientos de los progenitores y de los menores.

Precisamente en relación a estos deseados criterios de gravedad, comprobamos que, muchas veces las confrontaciones, desacuerdos y discrepancias entre los progenitores constituyen el argumento base para justificar que se deba acudir al parecer de los especialistas a la hora de valorar el régimen de visitas o la guardia y custodia de los hijos. Establecer la necesidad de este informe como algo automático repercute negativamente en la credibilidad del juez, que debe ofrecer cierta solvencia a la hora de tratar y decidir sobre estos asuntos, así como considerar sus recomendaciones sin cuestionarlas por el hecho de que advierten unas relaciones pésimas y un conflicto insalvable entre los progenitores. El juez es quien tiene que saber decidir según su

matrimoniales contenciosos”, en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *Procesos de Familia. Aspectos dudosos: soluciones e interpretaciones*, Madrid, 2003, p. 54).

⁵⁰² Llama la atención, para bien, que desde la STS de 29 de abril de 2013 que estimaba la guarda y custodia compartida como algo normal e incluso deseable en beneficio del menor, se han sucedido otras en el mismo sentido alegando que era lo mejor para proteger el interés de los menores y como algo beneficioso para la estabilidad emocional así como el desarrollo y formación integral del menor (Cf. en este sentido, en el año 2013 STS 495/2013, de 19 de julio, en: ROJ STS 4082/2013); STS 679/2013, de 20 de noviembre en: ROJ STS 5713/2013); STS 758/2013, de 25 de noviembre, en: ROJ STS 5710/2013; STS 757/2013, de 29 de noviembre en: ROJ STS 5641/2013; STS 762/2012, de 17 de diciembre en: ROJ STS 5966/2013, y en el año 2014 STS 200/2014, de 25 de abril en: ROJ STS 1699/2014; STS 619/2014, de 30 de octubre en: ROJ STS 4342/2014 y STS 616/2014, de 18 de noviembre en: ROJ STS 4608/2014, entre otras). También aquellas que otorgan plena credibilidad a los informes psicosociales para confirmar en segunda instancia el régimen de guarda y custodia compartida (STS 576/2010, de 1 de octubre en: ROJ STS 4861/2010).

propia intuición, ciencia y conciencia y ampliar su formación en esta temática⁵⁰³, confiando en su criterio de valoración de los hechos y la pruebas aportadas⁵⁰⁴.

Afortunadamente, ya ha habido algunos pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo refrendando este parecer y otorgando al conflicto entre los progenitores la importancia que debe tener en su justa medida. Es loable además que esta afirmación se haga cuando lo que está en juego es la determinación del régimen de guarda y custodia y que terminen optando por conceder la custodia compartida del menor. La sentencia más reciente del Tribunal Supremo la encontramos con fecha de 16 de febrero de 2015, donde se aprecia que las razones que fueron expuestas por la Audiencia Provincial de Sevilla para desaconsejar la custodia compartida “*no constituyen fundamento suficiente para entender que la relación entre los padres sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo*”⁵⁰⁵. También, destaca otra STS 757/2013, de 29 de noviembre⁵⁰⁶ que resolvió en recurso de casación interpuesta contra una sentencia de la AP de Cáceres otorgado la custodia compartida del menor a ambos progenitores, a pesar de que la relación entre ellos no era buena, por entender que ello no era obstáculo para la protección del interés del menor y porque ambos estaban capacitados para ejercer esa custodia adecuadamente. Esto demuestra que en caso de conflicto entre los progenitores se puede actuar no sólo en contra de lo dicho por los equipos psicosociales sino incluso al margen de ellos, prescindiendo de su colaboración, pues el propio juez podría valorar convenientemente la situación.

⁵⁰³ Resulta interesante mencionar una SAP de Sevilla, 791/2000, de 17 de octubre, que muestra cómo el Magistrado razona sobradamente sobre aquello que le ha llevado a la convicción de que los motivos alegados contra el demandado no son ciertos, detectando encontrarse ante el síndrome de alienación parental, y lo hace manifestando cierta solvencia a la hora de distinguir lo que entra en la esfera propiamente comportamental y lo que atañe a alteraciones psicológicas: “*este Magistrado advierte una situación de radical animadversión y agresividad de la actora contra el demandado, y confunde, en el ámbito científico, el carácter o incluso, la personalidad paranoica, que no es otra que la de una persona enérgica, autoritaria, incluso, con tendencia a manejar y aplicar normas y principios de conducta estrictos, como se manifiesta en diversas profesiones sometidas a criterios y reglamentos imperativos; todo lo cual es bien distinto de una enfermedad psíquica o desviaciones psicológicas o alteraciones de conducta, que entra en el ámbito de la Psiquiatría*”.

⁵⁰⁴ De alcanzar una sentencia que las partes consideren arbitraria y manifiestamente injusta, existen mecanismos para impugnarla y solicitar su revisión. Por tanto, no es recomendable como tampoco se justifica que los jueces no puedan adoptar decisiones en materia de familia sin la ayuda inexorable de los Equipos Psicosociales.

⁵⁰⁵ FJº 6º STS 96/2015, de 16 de febrero (ROJ STS 615/2015).

⁵⁰⁶ ROJ STS 5641/2013.

Al igual que se requiere para otras materias integradas en otros órdenes jurisdiccionales, también aquí no sólo se puede recomendar, sino que se ha de exigir una adecuada formación y experiencia para poder ejercer en el ámbito de familia fundamentalmente por parte de los operadores jurídicos⁵⁰⁷ y del órgano judicial. Precisamente porque en España no existen juzgados especializados en familia en todas las jurisdicciones, conviene formar a la judicatura en conciencia sobre estos temas, de manera que los jueces puedan valorar adecuadamente las evidencias que les presenten. Así pues, se debería incluir una información y formación sobre la metodología más apropiada y ajustada para este tipo de pericias y también sobre el posible peso que deban tener las propias expectativas y valores en el proceso de valoración⁵⁰⁸. Además, es obvio que la especialización facilita que se examine caso por caso desde una perspectiva abierta a emplear recursos múltiples⁵⁰⁹ adaptados a la realidad que requiere cada supuesto.

En la actualidad, el tema de la custodia compartida concretamente, está siendo cada vez más recurrente y se están dando pasos de gigante a la hora de reconocer este régimen no como algo excepcional sino como algo normal y además deseable, y por eso, ha propiciado que la actividad pericial de parte se refuerce para hacer frente a los criterios más tradicionales o conservadores de algunos equipos psicosociales que aconsejan, en la mayoría de los casos, que la custodia la tenga la madre (de ahí que en ese intento, como ya hemos señalado, a veces se cometan ciertos abusos). Es obvio que el aumento de demandas en esta línea obliga a los operadores jurídicos a que controlen y sopesen convenientemente los criterios en orden a concederla o rechazarla, lo que viene a marcar una tendencia que favorece fundamentalmente el interés del menor y

⁵⁰⁷ Sin duda alguna, quienes intervienen en un proceso de familia defendiendo las pretensiones de sus clientes, como es el caso de los abogados, desempeñan un papel importante a la hora de reconducir el proceso y saber discriminar los medios de prueba que pueden interesar por su contenido fiable y aquellos de los que se puede prescindir por conllevar un retraso carente de sentido y sin finalidad probatoria aparente.

⁵⁰⁸ Cf. ARCH MARIN, M., “Valoración judicial de la pericial psicológica en los procedimientos de familia”, en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *La nueva regulación del Derecho de Familia. Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, Madrid, 2011, p. 177.

⁵⁰⁹ Cf. PALAY VALLESPINÓS, M., “Medidas en relación a los hijos y regulación de la guardia y custodia compartida tras la Ley 15/2005 de 8 de Julio” en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005*, Madrid, 2007, p. 73.

todo ello independientemente de lo que digan los equipos psicosociales, poniendo de manifiesto que su intervención, en muchos casos, no es necesaria⁵¹⁰.

Creemos, pues, que contar sólo con el parecer del equipo psicosocial implica una obstrucción clara al proceso de negociación y acercamiento de posturas que hay en todo procedimiento de familia tras la ruptura de la relación entre los progenitores⁵¹¹. Si lo que se busca es intentar que los progenitores alcancen acuerdos pacíficos y racionales⁵¹² y avancen en la aceptación de las nuevas circunstancias que les corresponde vivir, en ocasiones, la intervención de los Equipos Psicosociales tal y como está concebida, puede constituir un obstáculo en el logro de estos objetivos. De hecho, no es extraño que incluso algunos usuarios hayan indicado que su actuación ha supuesto una intromisión en su vida formulando juicios y conclusiones que han dañado su imagen y su fama. Por tanto, ¿hasta qué punto una actuación practicada al amparo de un proceso matrimonial y bajo petición del juez puede lesionar derechos humanos fundamentales de los justiciables?

⁵¹⁰ En este sentido se han manifestado algunas sentencias, como la STS 257/2013, de 29 de abril de 2013 (ROJ STS 2246/2013): “*resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación*” o la SAP de Salamanca 110/2015, de 22 de abril (Roj SAP SA 206/2015), que a pesar de que el informe del equipo psicosocial se oponía a la custodia compartida, la Audiencia sostuvo que “*del informe se constata que el cuidado del menor desempeñado hasta la actualidad (...) es propio de una medida de guardia y custodia compartida*”, procediendo a aprobar dicho régimen.

⁵¹¹ Ante la problemática que puede surgir en la falta de acuerdo entre los progenitores sobre el régimen de guarda y custodia –máxime cuando se solicita que sea compartida por uno de ellos– la solución a adoptar supone dar prioridad y respetar la voluntad de los progenitores, debidamente acompañada en la búsqueda del consenso y el pacto, procurando restringir al máximo la intervención de los órganos judiciales (tanto del juez y del fiscal) así como de los equipos psicosociales, de manera que sólo en casos puntuales se aprecie que existe un daño y un perjuicio grave para el menor (Cf. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Disponibilidad del objeto... o.c., p. 54).

⁵¹² A este respecto resulta interesante la aportación que hace uno de los países del continente Iberoamericano, Chile, en relación al llamado Derecho Colaborativo como principio consagrado en el procedimiento de familia, de manera que se entienda como un método alternativo de resolución de conflictos a través de un proceso que se centra en las necesidades e intereses de las partes. Y para ello, estima como elemental que se parta de la negociación en equipo entre los abogados y sus clientes junto a otros profesionales (notarios, economistas, asistentes sociales, psicólogos, pedagogos, coaches, mediadores, árbitros, terapeutas) que colaboren entre sí para lograr un acuerdo a largo plazo con soluciones originales y creativas asumidas por las propias partes desde el respeto, la transparencia, la equidad y la confidencialidad (Cf. HORVITZ LENNON, D., “El Derecho colaborativo”, en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *Especialidades en Derecho de Familia*, Madrid, 2014, pp. 282-283).

Antes de concluir este apartado merece la pena citar la STS 619/2014, de 30 de octubre⁵¹³, que opera como punto de inflexión para los informes de los equipos psicosociales en cuanto a su relevancia y supuesta vinculación y que plantea la posibilidad de que el derecho de defensa quede comprometido ante la ausencia de estos informes. Al padre se le denegó la custodia compartida de su hijo lactante y en el recurso de casación alegó que no se le había permitido la práctica de un informe psicosocial, a lo que se respondió que debía “*rechazarse la pretendida indefensión pues la denegación de la prueba en las dos instancias se debió a que el Tribunal de apelación partía, expresamente, de la igual capacidad de los dos progenitores para ostentar la custodia, por lo que consideró innecesaria la práctica de la prueba, que el art. 92 del Código Civil entiende como facultativa (...)*”. Vemos, pues, cómo la idoneidad de los padres en orden a determinar la custodia se puede acordar sin que el Juez tenga por qué acudir al dictamen psicosocial, lo que supone un avance considerable a la hora de otorgarle el valor que merece y no constituye, como tal, una lesión del derecho de defensa, pues el juez partía de una hipótesis válida para poder resolver.

Es patente el esfuerzo que se ha hecho por aunar los criterios que se manejan en estas situaciones por parte de las distintas administraciones, instituciones y equipos implicados e, incluso, la buena disposición de colaboración para llegar no sólo a un entendimiento sino a llevar a cabo una mejora integral de todo lo relacionado con esta materia, pero aún en la actualidad persisten las incidencias abiertas sobre este tema y no se ha conseguido reglamentar las funciones de estos Equipos, lo que sigue creando una enorme inseguridad jurídica.

Algunas soluciones prácticas –que no definitivas– pasan por incrementar el personal que forma parte de estos Equipos de manera que se evite el colapso que en ocasiones sufren además de regular y limitar el número de solicitudes por parte del órgano jurisdiccional. Para ello estimamos que será necesario partir de la instauración de unos criterios mínimos o parámetros de gravedad para discernir sobre la necesidad o no de acudir a estos informes⁵¹⁴.

⁵¹³ ROJ STS 4342/2014.

⁵¹⁴ En este sentido, destacamos una frase de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de Julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, donde al hablar de la corresponsabilidad parental advierte que:

b) El derecho de defensa a prueba

Los problemas que ocasionan los dictámenes de especialistas también introducen quejas sobre la conculcación del derecho de defensa de los usuarios, desatándose un malestar y una inseguridad por el momento insalvable. A pesar de que es el juez el que, de oficio o a instancia de parte, solicita la intervención del equipo psicosocial, las partes examinadas no consideran que la intromisión en la vida privada venga justificada por la credibilidad ni el valor del informe, afirmando que la cantidad de datos que contienen sus dictámenes (generalmente escasos) no es proporcional a las interpretaciones o el uso que de ello se hace (se pronuncian sobre cuestiones muy específicas y de diversa índole) y sienten que su posibilidad de defenderse se encuentra limitada por varias razones:

- En primer lugar, porque no se les notifica el nombre de los miembros del Equipo Psicosocial que llevarán a cabo la evaluación sobre las partes y los menores y no pueden ejercitar ninguna acción que conlleve apartar a esos profesionales del asunto.
- Igualmente, no se puede comprobar qué método han seguido partiendo de una referencia estándar porque no existe. Se presupone una base científica pero no se puede rebatir en caso de que esa fundamentación se encuentre impregnada – como ocurre en muchas ocasiones– de lo que propugnan algunas corrientes ideológicas sexistas. Partiendo, como dato común, de que para valorar el régimen de guarda y custodia y las visitas, todos los miembros de la unidad familiar tienen que ser evaluados, en lo tocante a las sesiones de exploración el profesional procederá con las pruebas que, a su entender, consigan los objetivos que se requieren en este tipo de procesos.
- Tampoco se especifica qué cuestionario tiene que elaborar el juez o si el mismo obedece a un modelo predeterminado. De hecho, en la práctica los jueces piden que se aclaren algunos puntos muy generales que reciben, por respuesta, un

“cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés”. Por tanto, la alusión a esos “serios motivos” y la justificación ante “un mal cierto” son situaciones que en principio se presentan excepcionales, pues no se puede sostener que todos los conflictos en los que haya menores tengan un resultado tan duro y desafortunado.

informe ceñido a esas cuestiones sin más, siendo de una consistencia más bien precaria.

- Incluso no hay ningún acta que recoja el contenido y resultado de la entrevista, ni tampoco se entregan a las partes copia de los test psicológicos realizados, de modo que, ante cualquier error o interpretación equivocada, no se puede advertir al órgano jurisdiccional, porque como decimos, las partes no poseen ningún tipo de información sobre los datos que manifestaron. Tampoco se puede solicitar que intervenga otro profesional para una valoración posiblemente contradictoria⁵¹⁵, de manera que doblemente se está impidiendo a las partes contrastar los resultados por sí mismas y con la ayuda de otro perito.
- El dictamen de especialistas se une a los autos y se da traslado del mismo a las partes, pero esto no da lugar a que éstas puedan formular las correspondientes alegaciones ni, mucho menos, que puedan solicitar la comparecencia de los especialistas⁵¹⁶ para que aclaren los términos de sus conclusiones y qué les ha llevado a adoptarlas⁵¹⁷. Esta situación coloca a las partes en una clara

⁵¹⁵ La posibilidad de admitir un perito privado que asesorara a las partes podría ser una solución que mitigara la exclusividad de los resultados obtenidos por el Equipo Psicosocial.

⁵¹⁶ Habiéndose denunciado irregularidades cometidas en la instancia en relación a algunos medios de prueba, concretamente sobre el informe psicosocial al no acudir la autora del dictamen a la vista, la Sección 1ª de la AP de Guadalajara, en su Sentencia 235/2014 de 17 octubre (Roj SAP GU 406/2014) concluyó que *“El informe por ella (la psicóloga del equipo psicosocial) elaborado no tiene la consideración de dictamen pericial en sentido propio pues, ni en la designación de peritos, ni en la delimitación del objeto de la pericia, ni en la forma de emisión del dictamen, puede quedar incardinado el informe de especialistas a que se refiere el art. 92.5 CC en la pericial propiamente dicha”* (FJ 2º). Y a pesar de ello, aún aclarando que el dictamen psicosocial no es una pericia en sentido técnico, se le otorga un valor preponderante al informe y se le concede total credibilidad: *“Ningún error apreciamos por lo tanto por el hecho de que dicte sentencia a partir de dicho informe que, precisamente por su naturaleza y origen, por la imparcialidad de su redactor y por el prestigio y profesionalidad del cuerpo al que la perito se encuentra adscrita, pueden perfectamente sustentar un pronunciamiento como el impugnado”* (Ibidem). Dicho planteamiento no resulta, a nuestro juicio, muy cabal ni guarda proporción con la seguridad jurídica que deben ofrecer los cauces procesales.

⁵¹⁷ Consta una STS 8531749/2012, de 4 de diciembre (ROJ STS 8531/2012) donde el recurrente en un recurso por infracción procesal alega que se ha producido infracción del art. 24 de la CE por la valoración en la sentencia de instancia del informe realizado por el equipo psicosocial, pese a que su ratificación no se admitió y por tanto, quedó excluido como medio de prueba. La Sala I del TS inadmitió este motivo por *“cuestionar directamente la valoración probatoria efectuada en la instancia sin que concurran las circunstancias excepcionales que posibilitan su revisión por medio del presente recurso”* (FJº 5º) y concretamente, se dice que *“de conformidad con la interpretación antes expuesta del art. 752 LEC, la decisión de la controversia ha de sustentarse en los hechos debatidos y probados, con independencia de a quién corresponda la iniciativa probatoria, incluso si se trata de pruebas practicadas de oficio por el órgano judicial,*

indefensión, pues no pueden rebatir, de manera alguna, el contenido del dictamen ni tampoco tienen la oportunidad de encontrarse con el perito para pedirle explicaciones. En algún caso, incluso, no se dio traslado y se dio a conocer junto con la sentencia⁵¹⁸.

- Cuando un derecho se ve lesionado, se recurre a quien tenga autoridad para restablecer la situación y solicitar que responda quien ocasionó la violación de ese derecho. Pues en este punto, si las partes necesitan advertir de una mala praxis por parte del Equipo psicosocial, no podrán recurrir a los respectivos colegios profesionales porque éstos no ejercen ningún tipo de control sobre estos especialistas. Esta situación está presuponiendo un buen hacer por parte de estos profesionales sin que se pueda constatar que, en efecto, es así en la práctica. Asimismo, implica un exceso de confianza que, vistas las críticas crecientes, para nada beneficia a estos profesionales.
- Otra de las situaciones que puede conllevar una lesión del derecho de defensa es que un mismo equipo puede intervenir en varias ocasiones, en procedimientos diferentes, pero todos ellos conectados entre sí. Esto puede ocurrir perfectamente cuando se otorgan unas medidas provisionales, en el procedimiento de separación o divorcio o posteriormente, en una modificación de medidas⁵¹⁹. No cabe bajo ningún tipo de razonamiento ni justificación que

que ningún obstáculo tenía para valorar esa prueba libremente”. Creemos que se da una respuesta un tanto tangencial y pasa superficialmente por encima de lo que comportan los informes psicosociales, aunque ciertamente tampoco la valoración del dictamen en cuestión fue determinante para justificar la decisión adoptada.

⁵¹⁸ Cf. SAP de Málaga, 211/2007 de 11 abril (Roj SAP MA 1105/2007). Por la parte apelante, que solicitaba la nulidad de las actuaciones, se alegó que el informe psicosocial solicitado como diligencia final no fue trasladado a las partes para valoración y resumen, sino que lo recibió un día después de dictada la sentencia y junto a la notificación de la resolución. La Audiencia Provincial estimó en el fallo que la juzgadora a quo debía “*señalar día para la continuación de la vista a fin de someter el informe emitido por el servicio psicosocial del equipo técnico adscrito a los juzgados de familia de Málaga a la efectiva contradicción de las partes, procediendo luego al dictado de nueva sentencia*”.

⁵¹⁹ En el art. 124, 3, 1ª LEC se establecen claramente los criterios para proceder a la recusación, y uno de ellos, precisamente, establece la posibilidad de recusar por “*Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso*”. Por tanto, no se entiende que para el dictamen de especialistas se pueda permitir una actuación tan arbitraria que deja desamparadas a las partes sin poder ejercer efectivamente su derecho de recusación. Esto ocurre con mucha frecuencia en la solicitud de modificación de medidas, cuando en el procedimiento anterior existen informes que son contrarios a lo que solicita la parte que quería recusar.

pueda permitir la actuación de los mismos profesionales en cada uno de estos momentos, pues seguramente el resultado no varíe sustancialmente de uno a otro o se encuentre determinado o viciado por la resolución anterior, sin que los propios profesionales puedan contradecirse de aquello que dijeron o porque en ocasiones, se despierta en ellos un instinto de protección hacia la parte considerada más débil⁵²⁰ a favor de quien, una vez más, harán inclinar la balanza⁵²¹.

- El número reducido de profesionales que integran el Gabinete Psicosocial también alerta de que puede contribuir a la lesión del derecho de defensa de las partes⁵²². Por ejemplo, los retrasos en la entrega de los dictámenes o en practicar todas las evaluaciones conlleva que se consoliden posturas y medidas para una de las partes, de manera que hasta que se resuelve el procedimiento y en tanto no hay informe del Equipo Psicosocial, acaban por ser preferidas por los menores y restan posibilidades al otro progenitor para que pueda defender que también él es capaz de educar a sus hijos en paridad con el otro progenitor que durante este tiempo ha asumido el cuidado de los hijos. En ocasiones esta preferencia – trabajada previamente por el progenitor custodio– se puede apreciar fácilmente dada la influencia ejercida sobre los menores, más aún cuando estos son más jóvenes.

⁵²⁰ Esto refleja más bien una suposición que no siempre se corresponde con la realidad. Sorprende que se hable de igualdad del hombre y de la mujer y se pretenda retirar el concepto de que en la relación la mujer es la parte más “débil” y sin embargo, no faltan intervenciones que sin mencionarlo expresamente, están dando a entender que la parte más desfavorecida o víctima viene a ser la mujer frente al hombre, descuidándose aquí, si cabe, la referencia del interés del menor que es el que ha de importar. Al respecto, nos parece muy acertado que se haya recogido en alguna sentencia reciente el argumento a favor de la custodia compartida basándose en que así se evita el sentimiento de pérdida, no se cuestiona la idoneidad de los progenitores y se estimula la cooperación de los padres en beneficio del menor (Cf. FJº 6º de la STS 96/2015, de 16 de febrero en: ROJ STS 615/2015).

⁵²¹ Se detecta en este proceder que en la mayoría de las ocasiones, al pertenecer los Equipos Psicosociales a un determinado juzgado en cuanto al servicio que en él presta, ya se puede intuir cuál va a ser la conclusión a la que van a llegar los profesionales porque, en parte, se sienten un tanto obligados a responder conforme a la línea decisoria del juez.

⁵²² El tiempo que demoran estos equipos en la confección de los dictámenes psicosociales debe invitar a los jueces a ser cautos a la hora de admitir estas pruebas, bien para no prolongar el litigio innecesariamente o para evitar que se sobrecarguen estos servicios con medios todavía muy limitados. (Cf. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J., “Los medios de prueba y la práctica de la prueba”, en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA. *Procesos de Familia. Aspectos dudosos: soluciones e interpretaciones*, Madrid, 2003, p. 99).

Todo ello indica que confluyen en el dictamen de especialistas muchas irregularidades que ponen en jaque el derecho de defensa de las partes, lo que viene a reclamar una reforma urgente. Por tanto, una vez enunciadas las debilidades que encontramos en esta práctica y que sostiene los elementos más controvertidos, cabe mencionar las soluciones que, a nuestro juicio, nos parecen más oportunas y eficaces.

c) Hacia unos criterios de ordenación y elaboración de los dictámenes de especialistas

La realización de un informe psicosocial pasa por dar prioridad al “interés del menor” frente a cualquier otro interés particular de los progenitores. Pero precisamente, es en este “interés del menor” donde se aprecia un enorme vacío legal dado que no se especifica cuáles son los aspectos más beneficiosos que han de concurrir a favor de los menores y que, por tanto, estructuren el guión básico que considere todas las cuestiones que ayuden a discernir sobre esta particularidad⁵²³.

Al hablar de criterios, no solamente nos referimos a aquellos estrictamente jurídicos, sobre la base de un procedimiento totalmente reglado, sino que además tenemos en cuenta que sea necesario contar con unos criterios científicos, psicológicos, sociales y éticos que sirvan para motivar la respuesta del dictamen de especialistas.

La realidad judicial en materia de derecho de familia informa de que todavía es significativo el número de solicitudes de custodia compartida que no han encontrado aún una acogida favorable, pues se ha mantenido el criterio que ampara a la madre frente al padre. Y es que muchos jueces acaban por dictaminar que la resolución adoptada se debe a las recomendaciones efectuadas por los equipos psicosociales pues éstos así lo han considerado en beneficio del menor. Ahora bien, creemos que la táctica no es la correcta porque una actuación con valor probatorio o desde una función de asesoramiento para el juez se está convirtiendo en un elemento decisorio contundente y, además, se está utilizando como argumento que motiva la decisión, cuando la razón debería ser la identificación de las condiciones que resultan más beneficiosas para el

⁵²³ Este interés del menor se manifiesta, esencialmente, en la línea de lo expresado por la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (nº 2): “*el ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás*”.

menor y si cabe, aludir a que las mismas han quedado suficientemente contrastadas del conjunto de pruebas practicadas. De ahí que sea necesario articular unos criterios que sirvan para imponer un mayor orden en la consecución de los objetivos marcados.

A este respecto, se ha pronunciado la STS 323/2012, de 25 de mayo⁵²⁴, recuperando de sentencias anteriores⁵²⁵ una serie de criterios sobre lo que supone una interpretación más exacta y acertada en torno al verdadero significado del “interés del menor” a tener en cuenta fundamentalmente en aquellos procesos en los que se discute la guarda y custodia compartida: *“criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más completa que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”*. Estos criterios vienen a constituir los datos que conforman el objeto de la pericia.

Ahora bien, creemos que el primero de estos criterios y que debe imponerse a la hora del planteamiento sobre si se debe recabar o no la intervención de los especialistas conforme faculta el art. 92. 9 CC es el criterio de verdadera necesidad. Y para ello, el termómetro que puede registrar esta necesidad es la verificación de que existan serios conflictos entre las partes con posturas no sólo opuestas sino también, a primera vista, irreconciliables⁵²⁶ pero siempre que las mismas sean contraproducentes para el menor. Esto se manifiesta en la STS 370/2013, de 7 de junio⁵²⁷, en el que se afirma que *“las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”*. Por tanto, como tales tampoco estas

⁵²⁴ ROJ STS 3793/2012.

⁵²⁵ Cf. también STS 623/2009, de 8 de octubre (ROJ STS 5969/2009) y STS 94/2010, de 11 de marzo (ROJ STS 963/2010).

⁵²⁶ Todo ello reafirma lo que ya comentamos sobre la oportunidad o no de solicitar un dictamen de especialistas cuando no es absolutamente necesario, pues el mismo puede ser acogido con reticencias máxime cuando del contenido no se desprenden conclusiones agradables para uno de los progenitores.

⁵²⁷ ROJ STS 2926/2013.

relaciones tendrían por qué ser evaluadas por el quipo psicosocial ni sometidas a examen.

De hecho, alguna sentencia ha decidido en contra de lo que propugnaba el informe del equipo psicosocial, aún en el marco de conflicto entre las partes intervinientes, como la STS 762/2012, de 17 de diciembre de 2013⁵²⁸, en su FJ 4º, donde se especificaba que *“El informe psicosocial siendo relevante no es de ineludible cumplimiento, y del mismo se deduce la posibilidad de afrontar la custodia compartida, desde un marco de diálogo de los padres, que no consta que sea deficiente. Pero también encontramos alguna otra sentencia que directamente ha avalado la ausencia de informe técnico, apoyándose en que “el tribunal estima que en este caso la emisión de un informe técnico sobre la concreta situación personal y familiar de los menores, y en cualquier caso no vinculantes para el juzgador, resultaba innecesario para resolver sobre el sistema de guarda”*⁵²⁹ pues tan sólo debía basarse en *“el interés del menor, la voluntad de los hijos y la proximidad de los domicilios”*.

Para los casos en los que se recurra al dictamen psicosocial, esta propuesta de ordenación debe contener una serie de presupuestos que habrían de ser observados escrupulosamente por el equipo psicosocial, todo ello formulado en el pliego de preguntas que presenta el Juez. Asimismo, nada obstaría para que se recogiera una síntesis de estas cuestiones bajo una regulación legal que promoviera una actuación unificada por parte de todos los órganos jurisdiccionales y también, para que existiendo este marco de referencia, las partes puedan conocer y valorar positivamente el alcance de la investigación que se lleva a cabo:

- Análisis de la personalidad de los padres (grado de madurez, temperamento, gestión de sentimiento y emociones), en el que conste cómo experimentan los cambios a nivel personal y familiar, estudio de las dificultades de adaptación a los mismos, habilidades y grado de superación de los problemas y evaluación de la capacidad para gestionar conflictos.
- Sólo si hubiera indicios del padecimiento de una enfermedad o trastorno mental por parte de alguno de los progenitores, y si se puede contrastar el diagnóstico avalado por un profesional de la Psiquiatría, evaluación el grado de gravedad del

⁵²⁸ ROJ STS 5966/2013.

⁵²⁹ Cf. SAP Barcelona 881/2013, DE 19 de diciembre (ROJ SA B 14677/2013).

mismo, seguimiento de la evolución de la enfermedad y control por medio de medicamentos y terapias, posibilidades de mejora en función del sujeto concreto, etc⁵³⁰.

- Estudio de las habilidades educativas de los progenitores para con los menores, sobre cómo se insertan las obligaciones paterno-filiales en el ámbito personal de cada uno de ellos y disponibilidad del tiempo según sus obligaciones laborales y profesionales, grado de responsabilidad y gestión de las obligaciones parentales en equilibrio con las necesidades que presentan los menores.
- Identificación del estilo de vida de ambos progenitores y cómo prevén orientar sus proyectos de vida, a nivel personal y profesional, si están rehaciendo o ya han rehecho su vida con otra persona y desde su perspectiva, cómo lo han asumido los menores. Si esos cambios han implicado un cambio del lugar de residencia y condiciones de distancia, desplazamiento y habitabilidad para ofrecer a los menores. Esto último podría verificarse a través del asistente social.
- Estudio sobre los menores, acerca de su personalidad y cómo interactúan con sus padres así como con el resto de familiares. Detección de cualquier tipo de trastorno infantil que pudo ser motivado por la tensión vivida en el entorno familiar. En caso afirmativo, cómo se han gestionado los síntomas y si se ha procedido a realizar algún diagnóstico por parte de un profesional y a someterlo a una terapia. En la actualidad, presencia de ese trastorno o grado de superación del mismo.
- Análisis del entorno social y educativo del menor en el ámbito escolar, grado de adaptación, influencia de la situación intrafamiliar en los resultados académicos, consecución de competencias y resultados de aprendizaje. Si se conoce la intervención del psicólogo u orientador del centro escolar, solicitarle su parecer para registrar todo lo acontecido y que concierne al menor. El mismo orientador,

⁵³⁰ No siempre que exista una enfermedad psíquica significa que se haya que excluir al progenitor que la padece del cuidado y educación de sus hijos. Como ejemplo una entencia donde se apoya la permanencia del menor con la progenitora a quien se le atribuye la guardia y custodia total pese a que el progenitor alegó que la madre padecía una enfermedad crónica, cuando el informe de la psicóloga asegura que no se detecta problemática alguna (SAP Zaragoza 554/2010, de 23 de septiembre en: Roj SAP Z 669/2010).

a su vez, podría informar sobre el grado de implicación de los progenitores a la hora de solventar las dificultades surgidas.

- Análisis de la asunción del papel de hijo por parte del menor, grado de conocimiento de las obligaciones y derechos que tiene, estudio de la educación recibida hasta el presente y el grado de madurez y responsabilidad que ha adquirido conforme a su edad cronológica.

De hecho, la especificación de estos puntos por parte del juez para ordenar y guiar la actuación de los equipos psicosociales en aquello que a él le interese conocer debe acompañarse de un protocolo que configure convenientemente la práctica de estos dictámenes, de manera que permita a las partes conocerlo con anterioridad a su desarrollo y puedan conocer de qué medios disponen para impugnarlos en caso de que fuera necesario.

2.2. Tipos de pericia en los procesos matrimoniales canónicos

En relación a los tipos de pericia en el ordenamiento canónico⁵³¹, se mantiene la doble distinción entre pericias extrajudiciales (que se desarrollan fuera del juicio) y judiciales, y dentro de éstas, las que proceden de perito público nombrado de oficio por el juez o a instancia de parte y el dictamen de perito privado, incorporado a los autos del proceso o designado por las partes con la aceptación del juez. Pero, sobre todo, nos interesa ahondar en la distinción entre *pericia ordinaria*, que es la que habitualmente se realiza con la participación de una o ambas partes, y la pericia *extraordinaria*, que entra en escena cuando no es posible realizar el examen directo sobre el sujeto y se hace sobre los autos.

La forma ordinaria de practicarse la pericia se entiende que es la que se realiza en circunstancias normales, donde el sujeto que es objeto de la pericia se muestra

⁵³¹ En el ordenamiento canónico no sólo existen las pericias en el ámbito de los procesos matrimoniales, sino que existen otros tipos de pericia que corresponden a otras ramas del Derecho Canónico. Por ejemplo, nos referimos a la pericia en las causas de los santos regulados en la actualidad por una ley pontificia particular, la Constitución Apostólica *Divinus perfectionis Magister*, de 25 de enero de 1983, nombrando, según lo establecido en los números 11 y 12, expertos en ciencias históricas, médicas y teológicas (Cf. JUAN PABLO II, “Constitución Apostólica *Divinus perfectionis Magister*, de 25 de enero de 1983”, en: *AAS* 75, núm. 4 (1983) p. 354). Otro tipo de pericia es aquella prevista para la dispensa del matrimonio rato y no consumado a partir de la reglamentación recogida en los cánones 1697-1716 CIC. Por último, también se contempla la pericia en el ámbito del procedimiento para el examen de las doctrinas heterodoxas.

participativo y conforme con la realización de la misma, acudiendo así a la entrevista con el perito para ser examinado directamente por él mientras que la extraordinaria supone una alternativa ante la ausencia del periciando.

En relación a la materia objeto de la ciencia del perito, se puede encontrar en el proceso canónico pericias médicas, psiquiátricas, psicológicas y caligráficas, entre las más comunes.

La *pericia médica* se utiliza fundamentalmente en casos de impotencia (masculina y/o femenina⁵³²), a través de las especialidades de la ginecología y la urología, y también para evaluar patologías y trastornos neurológicos. Aunque también es verdad que la impotencia puede tener un componente causal de tipo psicopatológico en el plano sexual derivado de las costumbres sociales, la cultura o la mentalidad del entorno.

En cuanto a escoger un *perito psiquiatra* o un *perito psicólogo* en atención a la materia que deben valorar, hemos de decir que tanto uno como otro son competentes para captar la naturaleza patológica de un comportamiento a través de los síntomas que puedan presentarse tales como alucinaciones, obnubilación de la conciencia, tendencia a la repetición automática, sin que sea necesario conocer la etiología de la patología. Ahora bien, en las pericias psiquiátricas se construye los cuadros gnoseológicos sobre un sustrato biológico, de manera que la intervención del perito psiquiatra se requerirá siempre que la causa o el responsable del cuadro patológico fuera algo de tipo orgánico, como una lesión neurológica o un tumor cerebral, entre otros⁵³³.

En la *pericia psicológica* se ponen de manifiesto potencialidades reales del individuo, así como se lleva a cabo un discernimiento de aptitudes, una estimación del desarrollo intelectual, volitivo, afectivo, proporcionando una comprensión del sistema individuo-sociedad en el que se inscribe la realización del acto⁵³⁴.

⁵³² A pesar de que parece que la impotencia sólo afecta al varón, también existen patologías que provocan impotencia en la mujer. Las afecciones en este campo pueden ser variadas, presentando características bastante similares y con un componente de tipo orgánico pero también con elementos psicógenos, como en el caso de la dispareunia, el vaginismo y la frigidez sexual.

⁵³³ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo estudio sobre trastornos... o.c.*, p. 560.

⁵³⁴ Cf. ESBEC RODRÍGUEZ, E., “La exploración de la personalidad en psiquiatría forense”, en: AA.VV., *Psiquiatría legal y forense*, vol. I, Madrid, 1994, p. 640.

Sin embargo, hay que reconocer que, incluso en los trastornos psicopatológicos que tienen un origen orgánico, se han de considerar los elementos intrapersonales e interpersonales, así como los aspectos sociales y ambientales⁵³⁵, de manera que se produce una interacción compleja y dinámica con otros factores biológicos y sociales sobre el propio proceso patológico. Así pues, no se puede afirmar que solo los factores genéticos y biológicos o solo los factores ambientales y sociales, excluyéndose entre sí, puedan ser responsables de la conducta patológica o anormal. Supone una integración de ambos, de manera que tampoco se puede subordinar la pericia psicológica a la psiquiátrica sino que se debería requerir una integración de ambos⁵³⁶.

Por último, las *pericias caligráficas* pretenden comparar documentos a fin de comprobar si el documento es original o ha sido falsificado, al igual que ocurre con la atribución de un manuscrito a un sujeto si hubiera dudas de su firma o autoría. Puede ocurrir que en el curso del procedimiento, en fase instructoria, se presente como prueba documental una carta autógrafa donde se manifiesten ciertas ideas o voluntades –relacionadas, por ejemplo, con supuestos de simulación y exclusión– y la parte que supuestamente la redactó niegue su relación con la misma.

Se constata en el ámbito canónico la variedad de pericias según las diversas disciplinas y especialidades científicas y en virtud del objeto que interese valorar, lo que permite una adecuación mayor a la especificidad reclamada por los capítulos concretos invocados en cada proceso de nulidad matrimonial.

2.2.1. La necesidad de la práctica de la prueba pericial canónica

El análisis sobre la obligatoriedad o no de decretar la realización de la prueba pericial ilustra sobre la comprensión de las figuras propias del proceso matrimonial canónico a la vez que se profundiza en el objeto y finalidad del mismo. A partir de ahí trataremos de examinar si los criterios utilizados a la hora de determinar esta obligatoriedad y de cumplir esta exigencia entrañan alguna problemática que haya que salvar.

⁵³⁵ Los trastornos psicopatológicos, en definitiva, vienen a comprometer las esferas biológica, psicológica, conductual, interpersonal, social aunque sean trastornos psicopatológicos de origen orgánico (Cf. Ibidem).

⁵³⁶ Basta observar que, en la mayoría de los tratamientos de trastornos y enfermedades mentales, se combina la medicación con la terapia cognoscitiva-conductual, y no sólo no se excluyen uno y otro sino que se articulan con armonía para obtener un resultado mucho más completo y eficaz.

Dos son los cánones del Código de 1983 que expresan la necesidad de la prueba pericial: el c. 1574 CIC (*“se ha de acudir al auxilio de los peritos...”*) y el c. 1680 CIC (*“el juez se servirá de uno o varios peritos...”*). En base al c. 1574 CIC se puede solicitar la intervención de un perito siempre que lo pida la parte o el propio juez así lo considere mientras que del c. 1680 CIC se desprende la obligación de acudir a la pericia en caso de impotencia y por enfermedad mental.

El art. 203 §1 DC, no obstante, a la vez que establece la obligatoriedad de la pericia psicológica para los casos de incapacidad del can. 1095 CIC, admite una excepción: *“a no ser que resulte inútil”* (c. 1680 CIC⁵³⁷). Por eso, aunque se prescribe la intervención de los peritos, también se admite que se pueda prescindir de su colaboración⁵³⁸. No deja de resultar curioso que no se haga ninguna referencia a la declaración del Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica, de 16 de junio de 1998, en la cual se advierte en qué casos concretos la pericia puede ser considerada inútil⁵³⁹. Una redacción un poco más detallada que recogiera los supuestos concretos podría, sin duda, ayudar a identificar con claridad en qué causas se podría prescindir de la pericia, favoreciendo así la economía procesal, y descargando la conciencia del juez, sabiendo que está actuando legítimamente y con la base necesaria para poder llegar a la certeza moral requerida.

Por tanto, fuera de la excepción que admite el c. 1680 CIC en todas aquellas causas que versen sobre alguno de los capítulos contenidos en el c. 1095 CIC y para las cuales no se prevea la intervención de un perito, se estaría actuando contra la ley y también contra el deber del juez de llegar a la certeza moral suficiente ante la posible presencia de una grave forma de anomalía psíquica que necesita del parecer de expertos con competencia técnica y formación y preparación específica en las ciencias de la

⁵³⁷ Cf. c. 1680 CIC: *“En las causas sobre impotencia o falta de consentimiento por enfermedad mental, el juez se servirá de uno o varios peritos, a no ser que, por las circunstancias, conste con evidencia que esa pericia resultará inútil”*. Gracias a la intervención de la Signatura Apostólica ya no hay duda sobre la inclusión de cualquiera de los capítulos del c. 1095 bajo el concepto de “enfermedad mental”, aunque puedan existir diagnósticos que no se correspondan con el término de “enfermedad” propiamente dicha.

⁵³⁸ No se puede soslayar la advertencia del c. 1527 §1 CIC al señalar que *“pueden aportarse cualesquiera pruebas que se consideren útiles para dilucidar la causa y que sean lícitas”*. La seriedad que se exige para ordenar la práctica de la prueba se muestra incluso en la rapidez con la que se ha de resolver la oposición de la parte ante el rechazo de alguna prueba por parte del juez, no cabiendo en ningún caso la apelación.

⁵³⁹ Cf. TRIBUNAL SUPREMO SIGNATURA APOSTÓLICA, decl. 16/06/1998, *Quaesitum...* o.c., p. 620.

psicología. Cabe recordar, no obstante, que ya anteriormente, antes de que se diera este pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica –aunque el can. 1680 del CIC no es una ley irritante⁵⁴⁰–, se consideraba contrario a la ley declarar nulo un matrimonio por los capítulos de incapacidad psíquica sin que existiera la intervención de un perito y su respectiva pericia psicológica.

Antes de entrar a determinar los casos en los que se puede soslayar el papel del perito, conviene analizar la naturaleza del canon 1680 CIC en conexión con el criterio interpretativo del c. 18 CIC: “*las leyes (...) que contienen una excepción a la ley se deben interpretar estrictamente*”, de manera que, llevado al terreno de la pericia, se trata de demostrar con plena certeza y seguridad que en supuestos concretos el auxilio a la pericia comporta una pérdida de tiempo y un esfuerzo que no aportaría ninguna novedad ni aclaración para la causa. Y esta situación puede aparecer en dos supuestos claramente diferenciables: porque existan elementos de prueba incuestionables que por sí mismos, evidencien con claridad la verdad de los hechos (y su comprensión por parte del juez) o porque la causa carezca de fundamento para sostener la nulidad por los capítulos invocados⁵⁴¹. En el primero de los supuestos, esta evidencia se confirma si en las actas se puede encontrar un testimonio que se considere cualificado (pensemos, por ejemplo, en una persona que ha colaborado en un proceso de detección, atención y recuperación de una enfermedad de naturaleza psíquica) o si se aportó algún documento en el que se contienen datos descriptivos de cuya lectura se

⁵⁴⁰ Sobre la Ley irritante se dice que “(...) *afecta directamente al acto y, por lo mismo, salvo excepciones de la misma ley, no importa quién sea el sujeto que lo realice. El acto realizado contra una ley irritante será siempre nulo, porque su estructura no es atendible en el orden jurídico positivo. Puede afirmarse que la ley irritante es, primariamente, constitutiva de un esquema valorativo del acto concreto, y secundariamente, prohibitiva de que el acto se realice de otro modo. Por afectar directamente al acto mismo, las leyes irritantes son naturalmente territoriales o locales*”. (CORRAL SALVADOR C., (Dir.) ET URTEAGA EMBIL, J.M^a, “Ley” en: *Diccionario de Derecho Canónico*, Madrid, 2000, p. 299).

⁵⁴¹ Si de las pruebas no se deduce una concordancia correlativa en virtud de los hechos aducidos en la Demanda, recogidos en el *Dubium* en la formulación de unos capítulos concretos, es no sólo comprensible sino aconsejable que no se caiga en el error de completar la instrucción con la prueba pericial a modo de “guinda que corona el pastel”, prolongando una causa mal planteada desde un inicio o para creer –erróneamente– que debe agotar todas las posibilidades para encontrar razones sólidas que le convenzan de la existencia o no de la nulidad. En esta segunda hipótesis el juez estaría sobrevalorando la prueba pericial hasta el punto de considerarla una prueba de rango superior sobre el resto, además de incurrir incluso en la falsa concepción de que el perito es un auxilio imprescindible para el juez. En ocasiones, el ministerio pastoral de los que juzgan las causas, ante los casos dramáticos que deben presenciar, irrumpe envuelto en una compasión lastimera hasta el punto de querer servir a la causa con todos los medios posibles y permitidos por la legislación, sin valorar siquiera que los mismos sean o no procedentes.

aprecia la respuesta inequívoca a la cuestión de si se da o no el capítulo que comporta la nulidad del matrimonio canónico (informe clínico del internamiento y sesiones de terapia de un sujeto que padece alcoholismo). El otro supuesto que podría eximir del recurso a la pericia se contempla en caso de que del conjunto de las circunstancias acontecidas antes, durante y después de la celebración del matrimonio canónico, no existe duda alguna de que sea suficiente material para demostrar la presencia de alguna de las incapacidades consideradas en el c. 1095 CIC.

Cuando la legislación ordena que se realice la pericia obligatoriamente pero la parte demandada muestra su negativa a someterse al examen pericial surge un verdadero problema al no poder cumplir, a primera vista, con esa prescripción legal. El hecho de que los sujetos acepten o no someterse a la pericia no depende de que estén a favor o en contra de las pretensiones de la otra parte, sino que se trata simplemente de una actitud de colaboración con la justicia que dependerá también de las cualidades personales y humanas de cada uno⁵⁴². Recordemos que se puede pedir una participación activa para mejor descubrir la verdad del vínculo –cada uno de los cónyuges en defensa de sus intereses y desde su posición procesal–, pero no se le puede imponer ni obligar a esa colaboración, mucho menos cuando la parte sobre la que recae la pericia se siente ofendida desde el momento en que tuvo conocimiento del contenido de la demanda.

En algunos casos puede que la parte se encuentre declarada ausente sin que haya sido posible contactarla o porque ella misma haya rehusado recibir la cédula de citación, impidiendo que llegue a sus manos (cf. c. 1510 CIC). En estos casos la imposibilidad se manifiesta claramente ante la ausencia física del sujeto en todo el proceso aunque la consecuencia procesal ante el rechazo de la citación supondrá la consideración de que la parte ha sido legalmente citada. Pero nos encontramos con supuestos en los que la parte demandada puede haber contestado a la demanda diciendo que se opone a los hechos presentados por la parte actora o puede manifestar que está de acuerdo o simplemente someterse a la justicia del Tribunal y encontrarnos con una respuesta idéntica similar cuando llega el momento de someterse a la pericia. Aún en estos casos, la práctica de la

⁵⁴² “Cualquiera es dueño de no comparecer y de no tomar parte activa en la relación procesal. Y él puede ser el primer perjudicado de hecho por su inactividad, puesto que le faltará en el pleito la defensa concluyente, que es propia sólo de quien tiene interés personal. Pero el juez no dejará de estudiar imparcialmente sus razones” (CHIOVENDA, G., *Principios de derecho*, vol. 2, Madrid, 1922, p. 223).

pericia sigue siendo obligatoria, debiendo recurrir a otros medios alternativos que posibiliten su realización.

Aunque en estos casos la participación del sujeto ofrece visos de ser más activa, no por ello se puede exigir una cooperación total que incluya también, para el caso que nos ocupa, la realización de la prueba pericial. De hecho, generalmente nos encontramos con que la parte demandada no tiene problema en declarar o, de hecho, no se opone a la práctica de la prueba testifical según el listado propuesto por la parte contraria, así como tampoco señala objeción alguna respecto a la presentación de la prueba documental de la otra parte. Ahora bien, el saberse analizado y evaluado por un profesional de la psicología o la psiquiatría no siempre es aceptado, pues existe el temor de que el especialista escudriñe en el ser más profundo del sujeto y vierta sobre él percepciones que pueden poner en entredicho su credibilidad o incluso ser perjudicial para su imagen o su fama. De hecho, no es de extrañar que, aún en caso de acceder a la realización del examen pericial, el sujeto se muestre reticente y evasivo en aquello que se le pregunte, queriendo tomar él el control sobre la parte que le interese mostrar y ocultar aquello que es consciente que le puede afectar negativamente.

2.2.2. El uso de la prueba pericial en las causas en las que no deviene obligatoria

Aunque en la praxis de los Tribunales existe la concepción de que la prueba pericial médica o psicológica sólo procede cuando concurren los capítulos en virtud de los cuales la legislación ordena su práctica, realmente, la prueba pericial no se promueve única y exclusivamente cuando el propio derecho así lo prescribe, sino también en otros casos donde se considere pertinente y útil para la causa, si bien en estos supuestos no suele acudir demasiado a esta posibilidad.

El art. 203 §1 DC, una vez ha señalado ante qué capítulos concretos es obligatorio el uso de la pericia, prevé en el párrafo 2, en consonancia con el c. 1574 CIC que *“en las demás causas, los servicios de los peritos se usarán siempre que, por prescripción del juez, se requiera su estudio y dictamen, basado en las reglas de una técnica o de una ciencia, para comprobar un hecho o determinar la verdadera naturaleza de algo, como, por ejemplo, la autenticidad de algún escrito”*.

Podemos distinguir, por tanto, una pericia voluntaria y una pericia necesaria, de manera que no se restrinja su uso sólo a aquellos supuestos preceptuados por la norma

canónica. Se entiende, por tanto, que, aunque se ha individualizado la práctica de la pericia para casos concretos, cabría la posibilidad de emplear la pericia para algunos capítulos de nulidad, porque, como se ha calificado por parte de la doctrina, la prueba pericial es una prueba histórica directa y una prueba crítica indirecta⁵⁴³ en la medida en que se valora no sólo el aspecto específico requerido por la especialidad del caso sino también en base a una completa comprensión del fenómeno objeto de investigación.

Incluso, detectamos que, al mencionar el parágrafo 2 del art. 203 DC el requerimiento de un perito para determinar “*la autenticidad de algún escrito*”, no sólo está circunscribiendo la pericia al campo de la medicina, psicología o psiquiatría, sino que, en el ámbito de los procesos matrimoniales, en lo que a la prueba documental se refiere, también prevé la posibilidad de articular otros instrumentos con un campo de operatividad similar dentro de la dinámica de la prueba pericial. Así pues, fuera de los supuestos más comunes y convencionales, sería injusto negar la potencialidad que posee la prueba pericial y privar a las partes de recurrir a un medio de prueba más. Esto comporta, no obstante, que la admisión de la prueba pericial quede circunscrita a los criterios de necesidad, utilidad y licitud, y que se activen los criterios por los que el juez somete a su discreción la valoración de la admisión de este medio de prueba.

Algún estudio se ha asomado a esta posibilidad⁵⁴⁴, enunciando algunos casos posibles en los que cabría plantear la prueba pericial. Así, en el *error en la persona*, podría considerarse una investigación sobre el material genético de dos sujetos gemelos, para demostrar si el sujeto conocido antes del matrimonio y sobre el que se formó la voluntad matrimonial es el mismo individuo con el que se contrajo matrimonio. En este supuesto, la utilización de parámetros constatados desde la objetividad científica puede ayudar a dirimir la duda sobre la identidad de la persona en cuestión.

También cabría plantear la pericia en el *error en cualidad directa y principalmente pretendida*⁵⁴⁵ (cf. c. 109 § 2⁵⁴⁶ CIC). Es obvio que en un proceso de

⁵⁴³ Cf. ARROBA CONDE, M.J., “La prova peritale e le problematiche processualistiche”, en: AA.VV., *L’incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico* (can. 1095, nn.1-2), Città del Vaticano, 2000, p. 383-384.; Cf. STANKIEWICZ, A., “La configurazione processuale... o.c., p. 225.

⁵⁴⁴ Cf. GRECO, F., *Possibile apporto della prova peritale nelle cause di nullità matrimoniale in cui non sia obbligatoria per legge*, Roma, 2011, p. 101.

⁵⁴⁵ La cualidad debe tener cierta relevancia y la cualidad objeto de error debe poseer una determinada índole y gravedad y tener una gran importancia en sí misma considerada (Cf. AZNAR GIL, F.R., “El *error in qualitate personae* (can. 1097 §2) en la jurisprudencia Rotal

nulidad matrimonial por este capítulo, en la fase instructoria no se puede prescindir en absoluto de aquello que pruebe la carencia efectiva de la cualidad en los términos en los que ha sido fijada la controversia, pues, de lo contrario, la demanda judicial se quedaría aislada y despojada de todo fundamento. Así pues, podría ser necesaria la pericia médica para averiguar algunos defectos físicos, como la esterilidad o la existencia de una determinada patología física o psíquica (no propiamente en el sentido de los cánones 1084 y 1095 CIC) sobre la cual el otro cónyuge haya fundado la propia voluntad⁵⁴⁷. Pero esto no excluye que cumulativamente se lleve a cabo un estudio psicológico sobre el presunto cónyuge errado, sobre todo para averiguar las motivaciones por las que una determinada cualidad tuvo una importancia tan decisiva en y para él desde el desarrollo intelectual y volitivo del contrayente, por si hubieran influido condicionantes sociales o culturales que puedan haber conferido un valor particular a esas características que en situaciones totalmente ordinarias y diferentes comportan una relevancia media. De hecho, la particular gravedad objetiva de una cualidad no la transforma automáticamente en cualidad directa y principalmente pretendida⁵⁴⁸.

De ahí, además, puede derivar un estudio sobre la situación psicológica o psicopatológica presente en el proceso de decisión del cónyuge errado, pues puede suceder que exista un trastorno que sitúe el error en cualidad en el límite con la incapacidad consensual,⁵⁴⁹ de manera que la participación del profesional en el proceso de nulidad podrá interpretar los hechos desde la objetividad científica, depurando así la subjetividad presente en las declaraciones de las partes y de los testigos, porque precisamente la reconstrucción de la realidad sustancial se consigue a través de la

Romana”, en: *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro*, Salamanca, 1996, XII, p. 226).

⁵⁴⁶ “*El error acerca de una cualidad de la persona, aunque sea causa de contrato, no dirime el matrimonio, a no ser que se pretenda esta cualidad directa y principalmente*”.

⁵⁴⁷ En caso de que el cónyuge sobre el que recayera el defecto se negara a someterse a la investigación pericial propuesta, dado el carácter facultativo del medio y la materia tan delicada, ser podría recurrir a la pericia sobre los actos de la causa.

⁵⁴⁸ Cf. VILADRICH, P.J., *Il consenso matrimoniale...o.c.*, p. 212.

⁵⁴⁹ Pensemos, por ejemplo, que uno de los cónyuges padece un trastorno de parafilia siendo su interés la categoría del otro contrayente, como ser médico o soldado, pues de esa forma se siente satisfecho a nivel sentimental y sexual, lo que se convierte en una condición necesaria que le impide escoger a la persona del otro cónyuge por lo que es en sí, haciendo de este modo nulo el consentimiento (Cf. ZUANAZZI, G., “*Deviazioni della sessualità e matrimonio*”, en: *Quaderni dello Studio Rotale*, 12, (2002), p. 129).

evaluación y valoración de múltiples aspectos del perfil psicológico y social de un individuo. Podemos interpretar que a eso se refiere, precisamente, el art. 180 §1 DC al mencionar que tanto la confesión judicial y las demás declaraciones judiciales pueden tener fuerza probatoria sin que se les pueda atribuir fuerza de prueba plena, salvo que concurran esos “*otros elementos probatorios*” que las corroboren totalmente⁵⁵⁰. Por tanto, esos datos complementarios procedentes de la prueba pericial pueden constituir esos elementos que perfeccionen los resultados de la totalidad de las pruebas practicadas.

Muy relacionado con el error en cualidad se encuentra el *error doloso*, en este caso mediando engaño por la parte que oculta la carencia de la cualidad directa y principalmente pretendida por el otro a fin de obtener su consentimiento para contraer matrimonio (cf. c. 1098⁵⁵¹ CIC). Además de que pueda intervenir un perito para constatar la ausencia de la cualidad, un experto en psicología puede constituir una aportación importante para comprender los mecanismos que contribuyen a determinar la compleja y articulada dinámica del acto consensual⁵⁵². Concretamente, se puede examinar a la persona que actúa con dolo para comprobar si reviste un rol particular en el ámbito de la vida del sujeto pasivo engañado, hasta presentarse influyente y convincente, condicionando así el proceso decisional de manera significativa.

Será interesante, por tanto, averiguar la relación de dependencia que existe entre ambos sujetos. Junto a esto, es relevante indagar no sólo en el momento estimativo y valorativo anterior a las nupcias, sino también el momento en el que se comprueba la ausencia de la cualidad y se descubre el engaño, y de este modo, valorar cómo esta cualidad puede determinar la conducta del cónyuge engañado en relación al vínculo matrimonial contraído.

⁵⁵⁰ Al respecto, Arroba Conde se refiere al examen de la personalidad como perfectamente incardinable en esos “*otros elementos probatorios*” para valorar a su vez las declaraciones y confesiones de la parte (Cf. ARROBA CONDE, M.J., *Diritto processuale* ... o.c., p. 441).

⁵⁵¹ “*Quien contrae el matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente*”.

⁵⁵² Cf. GRECO, F., *Possibile apporto della prova*... o.c., p. 144.

La *simulación* en los términos del c. 1101 § 1 y 2 CIC⁵⁵³, supone excluir alguna de las propiedades esenciales del matrimonio (el bien de la fidelidad, de los hijos o la indisolubilidad del matrimonio), de manera que lo que el sujeto manifiesta externamente por medio de las palabras en la fórmula del consentimiento no se corresponde con la verdadera voluntad interna, que es contraria a lo que está pronunciando. Así pues, a la hora de analizar la *causa simulandi* interesa conocer si ésta es producto de un desorden psíquico teniendo origen en un estado patológico del sujeto que justifica la convicción⁵⁵⁴, por ejemplo, de no poder ser fiel para toda la vida, de no querer hijos⁵⁵⁵, de no aceptar la dimensión interpersonal del matrimonio, de no encontrarse capaz de vivir en una relación estable e indisoluble⁵⁵⁶, etc. No obstante, no se puede partir de que existe un único motivo psicológico que podría ser responsable de la exclusión⁵⁵⁷, dado que muchos son los elementos que configuran la realidad de la pareja y por tanto, se trata de encontrar cuál es la raíz psicológica de la exclusión teniendo presente muchas opciones. De hecho, no sólo se ha de estar al modo de pensar del sujeto simulante, sino también al modo de ser, demostrando por medio de las pruebas más eficaces la incidencia que la naturaleza de ese sujeto provoca sobre el acto de contraer, ya sea en su real disponibilidad (incapacidad) o en su positiva y voluntaria intencionalidad (exclusión).

Así pues, la prueba pericial asume la función de valorar, al igual que el resto de medios de prueba, las presunciones a las que se ha recurrido para probar el acto de

⁵⁵³ “§ 1. El consentimiento interno de la voluntad se presume que está conforme con las palabras o signos empleados al celebrar el matrimonio. § 2. Pero si uno de los contrayentes, o ambos, excluye con un acto positivo de la voluntad el matrimonio mismo o un elemento esencial del matrimonio o una propiedad esencial, contrae inválidamente”.

⁵⁵⁴ Sentencia *coram Faltin*, de 21 de julio de 1993, en SRRD 85, 1996, pp. 587 y 588. En esta sentencia del Tribunal de la Rota Romana, en cuya causa por exclusión de la fidelidad se utilizó la prueba pericial, el perito concluyó que el límite entre la exclusión de la fidelidad con acto positivo de la voluntad y la causa de exclusión es muy delgado, porque se trata de una causa patológica sobre la que se fundamenta la exclusión.

⁵⁵⁵ Algunas causas de nulidad tramitadas por exclusión de los hijos han revelado que tratándose de mujeres, han renunciado a los hijos por motivos estéticos y por miedo a un cambio en su físico, evidenciando en muchos casos el padecimiento de trastornos de la alimentación (fundamentalmente bulimia) y un perfil narcisista muy acusado.

⁵⁵⁶ Cf. GRECO, F., *Possibile apporto della prova...* o.c., p. 180.

⁵⁵⁷ Cf. FODERARO, A., *Opportunità della prova periziale nelle cause di esclusione*, Roma, 2000, p. 120.

voluntad excluyente⁵⁵⁸, y aunque al juez le corresponde la valoración definitiva, la gravedad de los hechos y la ponderación de la incidencia de una posible anomalía en el aspecto intelectual y volitivo del sujeto es competencia exclusiva del perito, todo ello desde la perspectiva de la recíproca ayuda y colaboración.

Aunque en la fijación de los capítulos de nulidad no se recurra a introducir el capítulo de la exclusión y el de la posible incapacidad conjuntamente (ambos incompatibles), nada obsta para que se recurra al perito psicólogo para la prueba de la exclusión aún fuera del ámbito de la incapacidad. Algún autor ha sugerido incluso que se pueda acudir a una pericia con anterioridad al inicio del proceso y así discernir si existe una incapacidad en sentido psíquico o jurídico⁵⁵⁹ y concretar mejor la elección de los capítulos de nulidad que se van a introducir, con lo que desde el principio existiría una mejor orientación de la causa.

Por último, en relación al capítulo del *miedo* regulado en el c. 1103 CIC que informa de la invalidez del matrimonio contraído por violencia o por miedo grave proveniente de una causa externa, a efectos de admitir la posible utilidad de la prueba pericial se ha de reparar en la gravedad del miedo⁵⁶⁰, de manera que para definir la entidad de este requisito se considere las condiciones psíquicas que pueden ser de diferente naturaleza y variar según la edad, el carácter, el sexo, la cultura y otras circunstancias en las que pueda encontrarse el sujeto⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ A pesar de que se considere la prueba pericial como un elemento importante para demostrar la percepción de un consentimiento insuficiente, en las causas por exclusión no se puede considerar exclusivamente en clave psicológica, porque no lo es, aunque ciertamente resulta innegable que la instrucción de una causa por el capítulo de exclusión puede contener abundantes detalles de orden psíquico que den a conocer la personalidad y la psicología de la parte así como la incidencia que tienen las diferentes experiencias familiares y sociales (Cf. FODERARO, A., *Opportunità della prova...* o.c., p. 135). Por ejemplo, algunas características de la personalidad del sujeto, como el grado de responsabilidad, la motivación, la afectividad, la emotividad, la convicción íntima, el modo de asimilar los bienes del matrimonio no sólo a nivel intelectual, el grado de apertura y comunicación para con el otro cónyuge, todo esto puede ayudar a dibujar la verdadera intención del contrayente (Coram ARROBA CONDE, 28 abril 1995, *Tribunal Regionale Latti*, prot. N. 9834, pp. 16-17, n. 13).

⁵⁵⁹ Cf. VILLEGIANTE, S., “Il bonum coniugum e l’oggetto del consenso matrimoniale in diritto canonico”, en: *Estudios de derecho matrimonial y procesal*, Salamanca, 1999, p. 399.

⁵⁶⁰ Esta gravedad procede de una doble fuente, por un lado de las connotaciones objetivas y de la coacción ejercitada por el miedo inferido en la confrontación del miedo padecido, y por otro lado, de la estructura personal del sujeto pasivo y de las circunstancias en las que se encuentra aunque sea temporalmente (Cf. GRECO, F., *Possibile apporto della prova...* o.c., p. 197).

⁵⁶¹ Cf. GABERLETTI, G., “I requisiti del metus invalidante e il consenso coniugale”, en: AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2003, p. 600.

Así pues, el estudio de la biografía de la persona desde la infancia, el tipo de educación recibida, el contexto familiar y social, las experiencias que haya tenido el contrayente, el grado de madurez adquirida (intelectiva y emotiva) y el grado de inteligencia en orden a la celebración de las nupcias, todo ello puede contribuir a valorar y sopesar de manera correcta la efectiva incidencia del fenómeno intimidatorio en el caso concreto.

También puede ocurrir que haya otras manifestaciones externas que son más perceptibles frente a las que el perito puede identificar comportamientos diversos, por ejemplo a partir de signos de agresión o a partir del estado de ánimo, pudiendo ser de tristeza, angustia, depresión, ansiedad e incluso agresividad, así como las muestras de aversión a todo lo relacionado con el estado matrimonial que el contrayente no ha escogido libremente. Podría ocurrir, incluso, que se detectaran enfermedades psicosomáticas bien antes de contraer nupcias o con posterioridad, durante el transcurso de la convivencia matrimonial, y que indicaran claramente que el sujeto se encuentra en un malestar permanente por no aceptar la decisión sobre el propio estado de vida. Además, consideramos que de una lectura correcta de la motivación interna del sujeto y de su carácter a través de la pericia se puede conocer si la causa habría de orientarse en el campo del defecto de libertad interna (c. 1095, 2 CIC) o en el del miedo grave proveniente de una causa externa (c. 1103 CIC).

Presentados hasta aquí los capítulos de nulidad que pudieran requerir la intervención del perito aún sin ser obligatorio, advertimos que la propuesta de prueba pericial abarca el estudio de la persona en su totalidad, desde sus facultades intelectivas, estimativas y deliberativas además de las circunstancias personales y sociales que pudieran intervenir en la dinámica del acto de consentir.

En definitiva, considerando el amplio juego que puede ofrecer la prueba pericial ante diversas causales de nulidad, constatamos que concretamente, la prueba pericial psicológica, constituye un medio para equilibrar y compensar el riesgo de subjetividad que puede existir en las declaraciones de las partes e incluso de los testigos, si bien no es muy acertado que la certeza moral del juez se base en estas pruebas únicamente⁵⁶².

⁵⁶² Arroba Conde señalaba que entre la pluralidad de razones que justifican la incorporación de la pericia en estas causas de exclusión, se ha de considerar, en primer lugar, como un deber con la naturaleza institucional del proceso canónico, es decir, como un instrumento eclesial al servicio de los fieles (Cf. ARROBA CONDE, M.J., “Características generales y valoración jurídica

Desde luego, las diversas posibilidades que presenta la prueba pericial y la potencialidad que este instituto jurídico siempre ha tenido reivindican una mayor consideración por parte de los jueces y un mayor aprovechamiento en el panorama procesal por parte de todos los operadores jurídicos.

Las razones que podrían apoyar esta conclusión se centrarían, por un lado, en la necesidad de comprender por todos los medios posibles cuál es la causa que ha impedido que el proyecto conyugal se realizara convenientemente. También otra de las razones estriba en la imposibilidad de determinar con certeza el límite tan fino que separa la anomalía de la inteligencia de la de la voluntad. Además, para favorecer el contradictorio y la participación activa de la parte a la que se le puede imputar el fallo en el matrimonio, se requiere una implicación singular por parte de quienes toman cuenta de la causa desde antes de presentar el libelo, en la investigación previa, a efectos de indagar no sólo en aquello que rodeaba el momento de contraer matrimonio, sino también mostrando interés por datos sobre la personalidad, el grado de convicción y el nivel alcanzado en la realización del matrimonio como proyecto de donación recíproca⁵⁶³. Toda una actividad que reclama equilibrio y proporcionalidad.

2.2.3. La intervención del perito privado

Aunque el c. 1575 CIC contempla que las partes puedan aportar dictámenes elaborados por peritos privados⁵⁶⁴, directamente contratados por ellos, en este punto debemos tratar el dictamen procedente de peritos privados que asesoran a las partes y que necesitan la aprobación del juez según lo regulado en el c. 1581 CIC.

Esta figura jurídica surgió con el nuevo Código de Derecho Canónico y su labor, a pesar de que deba ser autorizada por el juez, no deja de constituir una aportación técnica pero no un peritaje o medio de prueba, pues el juez se reserva el derecho a asumir el dictamen si es que le parece oportuno.

de la pericia. *Ámbito canónico*”, en: *Estudios de Derecho matrimonial y procesal*, Salamanca, 1999, p. 399).

⁵⁶³ Cf. FODERARO, A., *Opportunità della prova...* o.c., p. 138.

⁵⁶⁴ De estos informes se ha dicho que no constituyen prueba judicial en sentido propio, conllevando el peligro de que el juez termine estimando estos dictámenes con una preferencia sobre los razonamientos del perito judicial. Al acusar en ellos cierta parcialidad por haber atendido el interés del peticionario y no responder a la verdad de los hechos desfigurando la realidad o haciendo constar datos un tanto inexactos, se pide que se critiquen con cautela para valorar si las conclusiones son fiables o si las premisas de las que parten no son firmes (Cf. DEL AMO, L., “Valoración jurídica del peritaje...” o.c., p. 659).

Las facultades de estos peritos en el proceso de nulidad, si bien están limitadas en algunos aspectos, permiten de por sí una intervención amplia pudiendo, una vez hayan sido aprobados por el juez, tener acceso a las actas de la causa, asistir a la realización de la pericia y presentar su propio dictamen. Únicamente se veta que presencien los interrogatorios de los peritos públicos y que examinen sus informes⁵⁶⁵.

Por tanto, un perito privado se va a convertir en consultor técnico de las partes⁵⁶⁶ para garantizarles, de algún modo, que el dictamen del perito público haya sido elaborado correctamente. Los dictámenes que aporten de lo que hubieran leído y examinado de la práctica de la exploración por parte del perito público serán incorporados a los autos.

Esta figura, en el fondo, suscita una credibilidad algo mayor que la procedente de los dictámenes realizados con anterioridad al juicio y aportados al proceso, en parte porque la valoración fuera del juicio puede resultar más sesgada y obedecer a lo que pretende la parte que contrata los servicios del profesional. De este riesgo tampoco está exento el dictamen del perito privado, pero ciertamente los datos de la pericia realizada por el perito público van a ser comunes a ambos profesionales, de manera que al menos ambos compartirán la misma fuente de información y conocimiento de los hechos.

Particularmente, esta posibilidad podría ser recomendada en la normativa procesal civil para ofrecer tranquilidad y seguridad a las partes cuando consideran que no son capaces de asimilar los detalles de las exploraciones practicadas y muestran desasosiego por no saber cómo enfrentar las evaluaciones psicológicas en el marco de los procesos de familia, pudiendo sucumbir por el factor escénico y el temor a caer en contradicciones que les resten credibilidad y pierdan la oportunidad de hacer valer su capacidad de lucha por conseguir, por ejemplo, la custodia de sus hijos. Muchas veces, incluso, este profesional privado podría aconsejar previamente a la parte que lo contrata sobre cómo preparar la entrevista y ofrecerle pautas para vencer posibles temores, utilizar silencios para repasar el esquema mental o cómo, incluso, rectificar errores⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵ Cf. *Communicationes*, 11 (1979) 124.

⁵⁶⁶ Cf. DEL AMO, L., “Valoración jurídica del peritaje...” o.c., p. 652.

⁵⁶⁷ Los foros en red promovidos por abogados especialistas en Derecho de Familia demuestran cada vez más la incertidumbre y la preocupación que inunda a los progenitores que se enfrentan a la entrevista con el equipo psicosocial, reclamando que alguien les proporcione consejos prácticos para poder superar todos los factores que, *a priori*, cree tener en su contra (Cf.

2.2.4. La pericia sobre los autos en el proceso matrimonial canónico

En el proceso canónico de nulidad matrimonial nos encontramos con un proceder que no pasa desapercibido por la curiosidad que despierta, y que consiste, como ya vimos en el capítulo dedicado a la naturaleza jurídica, en realizar una pericia sobre los autos cuando la parte demandada no se somete a la entrevista con el perito⁵⁶⁸. Este recurso puede resultar llamativo y sorprendente para nuestra legislación civil, que deposita en los sujetos la carga de aportar las pruebas y hacerse cargo de su presentación y defensa ante el juez a pesar de la iniciativa probatoria que se le reconoce a éste en el ámbito de los procesos matrimoniales.

La justificación que guía la práctica de la pericia sobre los autos estriba fundamentalmente en que, dada la importancia que se le da a este tipo de prueba, cuando concurra algún capítulo concreto (impotencia o falta de consentimiento por enfermedad mental), se considera que, de no llevarse a cabo esta prueba, se estaría juzgando temerariamente sin los elementos necesarios para emitir un juicio cierto⁵⁶⁹.

Aunque en la normativa canónica se ordena de forma general y expresa la práctica de la pericia para algunos supuestos concretos y se aconseja cuando fuera necesaria en el resto, percibimos que existen lagunas importantes y la ausencia de una reglamentación más detallada sobre cuestiones que finalmente terminan siendo despachadas por el juez según su arbitrio y buen entender, creando inseguridad jurídica para las partes y provocando, en ocasiones, el descontento de estas con el correspondiente recurso a las acciones civiles pertinentes⁵⁷⁰.

www.asociacionabogadosfamilia.com, [Consultado: 8 de mayo de 2015]; www.familiaenderechos.es [Consultado: 8 de mayo de 2015]).

⁵⁶⁸ Cf. BALLUS PASCUAL, C., “Las pericias psicológicas ... o.c, pp. 321-332; Cf. ACEBAL LUJÁN, J.L., “La ausencia en el proceso de nulidad matrimonial”, en: *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro (IX)*, Salamanca, 1990, pp. 413-452.

⁵⁶⁹ Es la certeza moral a la que se refiere el c. 1574 CIC, que debe ser alcanzada sobre la existencia de un hecho o la naturaleza de una cosa.

⁵⁷⁰ Este puede ser el caso de la pericia sobre los autos cuando el juez ha recurrido a ella por temor a la reacción de la parte demandada, de manera que creyendo que su participación –hasta ese momento activa– se podría malograr con la propuesta de una exploración pericial, se omite este trámite y se estima directamente recurrir a la pericia sobre los autos, como si de un ausente se tratara. Este proceder no sólo lesiona el derecho de defensa de la parte afectada sino que incluso supone una práctica arbitraria e irracional por parte del Tribunal.

Resulta muy complicado extraer datos estadísticos del número de causas que se tramitan antes los Tribunales Eclesiásticos buscando obtener resultados más o menos uniformes en función de cuál es la actitud procesal más frecuente proveniente de la parte demandada en las causas de nulidad matrimonial. De hecho, omitimos y descartamos esta posible búsqueda porque habría que conocer el número representativo de Tribunales acotando la demarcación territorial, y dentro de ésta, por ejemplo, si se hace el estudio por Tribunales que integran una Provincia Eclesiástica, dependerá del número de católicos por diócesis. Ahora bien, adelantamos que es muy común que la parte demandada haga caso omiso a las citaciones del Tribunal y no manifieste interés alguno por intervenir, máxime cuando se informa de cómo puede afectarle la resolución del Tribunal Eclesiástico, comprobando que, de concederse la nulidad aún sin su presencia, también la parte demandada se beneficiaría del resultado de esa declaración⁵⁷¹.

Aún habiendo mencionado la obligatoriedad y la excepción en la práctica de la pericia, conviene hablar ahora de lo que supone más bien una resignación o un modo de buscar una solución en caso de que, siendo obligatoria la realización de la pericia, el periciando no quisiera someterse a ella y por tanto no se le pudiera obligar. De hecho, también la obligación de la pericia en los casos de incapacidad había sido replicada por la ya mencionada declaración de la Signatura Apostólica en relación al recurso a los peritos en aquellos casos en que su intervención presente varias dificultades, concretamente, que se ponga en tela de juicio la legitimidad de la pericia sobre los autos⁵⁷².

Cuando no es posible el examen directo de la persona, de acuerdo con dicha declaración, la solución es solicitar al perito un *voto* sobre los autos. Pero debemos advertir que en este caso ya no pesa la obligatoriedad de su realización, pues ni en las

⁵⁷¹ Si para la celebración de nuevas nupcias se impusiera un veto a alguno de los cónyuges o a los dos, en este caso el estado de libertad sería pleno para ambos contrayentes pero estaría limitado el derecho a contraer matrimonio hasta que no se levantara el veto a quien se le hubiera impuesto.

⁵⁷² Amén de que surja la situación más común en este tipo de procesos, como es la negativa de la parte demandada a participar en la realización de la prueba pericial, puede ocurrir también que según las legislaciones de algunos países o la deontología de algún orden profesional, los peritos no estén dispuestos a cumplir con el encargo de realizar la pericia sobre las actas de la causa en base a la intangibilidad del derecho a la intimidad de los sujetos que requiere, para la elaboración de una pericia en sentido estricto, el examen directo del periciado (Cf. PARASCANDOLO, M., *La perizia sugli atti della causa*, Romae, 2003, p. 29).

normas del Código de Derecho Canónico ni en la Instrucción *Dignitas Connubii* se dice nada al respecto⁵⁷³. Precisamente la Signatura Apostólica, al referirse a esta alternativa, habla de “voto” y no de “pericia” propiamente dicha, alegando que éste es un término más acorde a la naturaleza del acto, y no sólo porque sea discutible considerar una pericia técnica sin el examen directo del periciando sino también porque, en parte, esta fórmula obedece al intento de tutelar en el ámbito extracanónico la actividad del perito llamado a intervenir en esta particular circunstancia⁵⁷⁴.

Bajo la denominación de “voto” se entiende que es perfectamente posible pedir a un experto que, dentro de su campo específico de conocimiento y con las debidas cautelas, exprese su parecer sobre el caso en cuestión. Esto podría entrañar el riesgo de crear una figura nueva y distinta en torno a lo que habitualmente consideramos como Perito para convertirlo en un asesor del juez o incluso en un sujeto que asume puntualmente dicha función, a no ser que se reformule nuevamente el término que define esta práctica, proponiendo que se denomine “exposición”, “opinión” o “consideración” de lo contenido en los autos. Aún recibiendo una denominación distinta, creemos que nada obsta para que se tenga por verdadera pericia, apostando así por la tesis que ya sostuvimos en el capítulo II.

Como opción alternativa, podría convertirse en una práctica más frecuente el que, en caso de ausencia o negativa del cónyuge que debería someterse a la pericia, ésta se hiciera sobre el otro cónyuge, aunque éste no hubiera causado directamente la nulidad del matrimonio o ni siquiera concurren sospechas fundadas. Nada impide, pues, que esta posibilidad sea admitida a la hora de obrar conforme a las prescripciones del art. 203 y 208-209 respectivamente de la Instrucción *Dignitas Connubii*.

De hecho, la redacción del art. 209 § 1 DC contiene una instrucción particular para las causas sobre incapacidad (c. 1095 CIC), instando al juez a “*pedir al perito su dictamen sobre si ambas partes o una de ellas se encontraban afectadas en el momento de contraer matrimonio por una peculiar anomalía habitual o transitoria*”, lo que hace pensar que, interpretando ampliamente el precepto, podamos excluir la posibilidad de

⁵⁷³ M. Calvo Tojo, aun reconociendo la legitimidad de esta pericia señala que la misma “no es obligatoria; que suele practicarse. Pero no se sugiere que se prosiga esa praxis. Ahora bien, en los casos en que fuera lícitamente obtenida no tiene categoría de prueba pericial. Por tanto, tendrá valor de adminículo a valorar circunspectamente por el juez” (Cf. CALVO TOJO, M., *Reforma del proceso matrimonial anunciada por el Papa*, Salamanca, 1999, pp. 113-114).

⁵⁷⁴ Cf. PARASCANDOLO, M., *La perizia sugli ... o.c.*, p. 30.

que sólo se realice la pericia sobre el sujeto o los sujetos imputados por alguno de los capítulos fijados en la fórmula de dudas. Así, esta idea concede al juez una mayor libertad para decidir que la pericia se practique sobre el otro cónyuge que en principio no se opone a su realización aunque no se le impute ningún capítulo, pues tendrá especial interés en colaborar con la causa por ser quien precisamente ha entablado la acción principal. Esta posibilidad puede propiciar que se extraigan datos complementarios de gran interés.

a) Justificación del uso de la pericia sobre los autos

Tras el planteamiento de una demanda de nulidad matrimonial, varias son las posturas procesales que puede adoptar la parte demandada en una causa. Pero no se puede aseverar que la parte demandada responda favorablemente o no ante la práctica de la pericia, pues, aunque parezca que su colaboración está condicionada, en parte, por la actitud procesal adoptada para el proceso en general, esto no tiene por qué corresponderse con lo esperado.

Puede ocurrir que, de estar conforme con la pretensión del actor, llegado el momento de practicar la prueba pericial acceda a participar activamente. Pero puede ocurrir que, aún facilitando su declaración ante el Tribunal, no esté de acuerdo con esta prueba en concreto y por ende, rehúse a prestarse a colaborar. Incluso, aún estando de acuerdo con la pretensión del actor podría no prestar declaración de ningún tipo y mucho menos aceptar someterse a la prueba pericial.

En el supuesto de que la parte demandada se oponga a la pretensión del actor porque se muestre disconforme con la nulidad o con los motivos alegados por la parte actora, no implica un rechazo absoluto de cualquier posibilidad de colaboración, precisamente porque sea su intención demostrar con sus argumentos en contra de la pretensión del actor que ésta es infundada, aunque ciertamente puede anunciar su oposición advirtiendo desde el principio que quiere mantenerse al margen de todo el desarrollo del proceso.

De una oposición a los motivos que alega la parte actora puede nacer la acción de reconvención, esto es, la de plantear el demandado la acción de nulidad por otros motivos diferentes a los que hubiera presentado el demandante, en la llamada demanda reconvencional. Aquí, se presume que la colaboración será activa.

Otra situación será la ausencia de la parte demandada, pero como ya se ha ido señalando de forma sucinta en los puntos anteriores, esto no conlleva una paralización del proceso, que seguirá transcurriendo con normalidad. No obstante, resulta evidente que todo el peso del proceso en cuanto a la prueba se refiere recaería entonces sobre la parte actora, que deberá reforzar los elementos probatorios en orden a demostrar con claridad que lo que alega y afirma es cierto. Ahora bien, aún así todas aquellas actitudes que impliquen no contribuir con la verdad en aras a descubrir las raíces de la nulidad, bien por malicia o por haber desaparecido sin dejar datos sobre su localización deben ser también valoradas moralmente como obstáculos que se ponen al ejercicio de un derecho natural de uno de los cónyuges como es la clarificación de su estado de vida⁵⁷⁵.

Hemos introducido estos datos explicativos a fin de dotar a la figura de la parte demandada de todas las posibles circunstancias que pueden darse en torno a su ausencia en el proceso o a participar en algún momento procesal concreto. A partir de ahí, debemos analizar cuándo se considera oportuno recurrir a la pericia sobre las actas del proceso o cuáles son las razones que obligan a ello, cuestionando a su vez la legitimidad de recurrir a este tipo de prueba y si la misma puede llegar a lesionar derechos humanos fundamentales.

b) Examen de la pericia sobre los autos a la luz de los derechos fundamentales

Al hablar de legitimidad, desde la doctrina se ofrece una doble perspectiva para interpretar este término, en primer lugar, como el criterio de sujeción a las normas que regulan la práctica de la prueba pericial y también como la licitud procesal de las circunstancias en las que se emplea este medio de prueba⁵⁷⁶.

No cabe duda que la pericia sobre los autos de la causa constituye un instrumento conveniente e indispensable cuando no existe otro medio de acercarse a la persona del periciando. Pero este recurso, aun siendo frecuentemente utilizado por los Tribunales Eclesiásticos, no está exento de críticas y de opiniones contrarias. Para esta cuestión concreta, nuestro estudio partirá de un análisis objetivo, haciendo balance de las debilidades y fortalezas que presenta en el ámbito canónico. Pero trataremos también

⁵⁷⁵ Cf. PANIZO ORALLO, S., *La intimidación ... o.c.*, pp. 173-174.

⁵⁷⁶ Cf. PARASCANDOLO, M., *La perizia sugli ... o.c.*, p. 39.

el hecho de que no se observe este modelo en el proceso civil y si podría despertar algún interés por acogerlo en la normativa procesal civil.

Quizá este punto ha sido el que más ha sorprendido y ha sido examinado con cierto recelo por parte de juristas que ejercen con más frecuencia en el orden jurisdiccional civil, en parte porque existe una predisposición mayor para defender la preponderancia de los derechos individuales y también que sean las partes las que inviertan todo el esfuerzo en demostrar aquello que dicen. De hecho, la observación y garantía de los derechos básicos de los justiciables en el proceso canónico, a simple vista, podría dar a entender que éstos se encuentran inmersos en una espiral que genera cierta inseguridad, y esto en un doble sentido: en relación a los *derechos de índole procesal*, como son el derecho de audiencia, de defensa y a un juez imparcial y a los *derechos personales*, como son el derecho a la intimidad y al honor y que abordaremos en un epígrafe posterior.

Respecto al primero de los derechos referidos, el derecho de audiencia, podría dar la impresión de que se está limitando su ejercicio, como si se estuviera actuando al margen de una de las partes destinatarias de la resolución judicial. Ciertamente no existe audiencia porque se supone que es la parte demandada la que renuncia a ella ausentándose del juicio y no respondiendo por ninguna de las formas previstas para ello. Pero para confirmar que la abstención voluntaria que manifiesta es responsabilidad absoluta y exclusiva de la parte demandada, debe constar, como prueba fehaciente, que se le ha intentado notificar al menos dos veces y que se han previsto otros cauces para conseguir que la parte recibiera y conociera el contenido de la notificación⁵⁷⁷. Si esto no se hubiera llevado a cabo con suficientes garantías, se estaría vulnerando no sólo el derecho de audiencia sino fundamentalmente el derecho de defensa.

El art. 95 §1 DC introduce la participación de los cónyuges en términos de conveniencia, pero no de obligación⁵⁷⁸: “*para descubrir más fácilmente la verdad y tutelar mejor el derecho de defensa, conviene en gran manera que uno y otro cónyuge estén personalmente en el proceso de nulidad del matrimonio*”. El precepto, si lo

⁵⁷⁷ En ocasiones se solicita ayuda a la Policía o también se publica un Edicto en el Boletín Oficial de la Diócesis o en las hojas que se distribuyen entre las parroquias de la Diócesis.

⁵⁷⁸ Cf. MORÁN BUSTOS, C. M., “La parte voluntariamente ausente en el proceso de nulidad”, en: AAVV., *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro* (XVII), Salamanca, 2007, pp. 141-142.

examinamos detenidamente, no indica que las partes tengan que posicionarse en una intervención activa o pasiva, ni tampoco se les recomienda que sean parte dado que ambos se encuentran en una situación de litisconsorcio necesario, que puede ser pasivo o activo dada la relación jurídico material que rige el fundamento del proceso de nulidad como realidad única, pues ambos cónyuges van a verse afectados por la sentencia en cuanto les modifica su estado personal⁵⁷⁹.

Si reparamos en el derecho de defensa, encontramos que se trata de un derecho natural, humano fundamental y de rango constitucional⁵⁸⁰. Lo que se estipula en la normativa es que no se prescinda de notificar a la persona la proposición y admisión de la prueba pericial pero la decisión de acceder o no a ella le corresponde exclusivamente al sujeto notificado. Esto, pues, sería propiamente el ejercicio del derecho. Por tanto, la parte demandada no podrá renunciar al derecho de defensa pero sí puede renunciar a su ejercicio sin que esta renuncia conlleve una interrupción del proceso.

El derecho de defensa, por tanto, comporta una facultad jurídica como garantía de la dignidad y de los derechos sustanciales de la persona humana. Por eso, no se puede renunciar a este derecho porque no se puede renunciar a la dignidad humana pero nada obsta para que se renuncie a su ejercicio porque esto sí entra dentro del campo de su disponibilidad⁵⁸¹. Ahora bien, independientemente del respeto que merece su voluntad de participar o no en el proceso, el juez debe intentar que el demandado no persista en su ausencia (cf. art. 138 §2 DC) y manifieste una actitud participativa⁵⁸² a lo largo de todo el proceso y fundamentalmente en la fase de instrucción.

⁵⁷⁹ El concepto de parte en el proceso se ha de entender referido a “los sujetos que pretenden (actores) o frente a los que se pretende (demandados) una tutela jurisdiccional concreta y que, afectados por el pronunciamiento judicial correspondiente, asumen plenamente los derechos, cargas y responsabilidades inherentes al proceso”. De hecho, perfectamente puede aceptarse esta noción de parte en el ámbito canónico en relación a la posición que las partes ocupan en la litis y no a la situación jurídico-material (Cf. DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal...* I, o.c., p. 422).

⁵⁸⁰ Cf. ACEBAL LUJÁN, J.L., “El derecho de defensa en las causas de nulidad matrimonial”, en: AA.VV., *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro (XI)*, Salamanca, 1994, p. 284.

⁵⁸¹ Cf., VILLEGGIANTE, S., “Lo «ius defensionis denegatum» e il diritto di difesa della parte dichiarata assente”, en: *Monitor Ecclesiasticus*, 109 (1986) p. 195.

⁵⁸² Aunque el inicio del proceso depende de las partes, una vez abierto el juez tiene que procurar que ambas partes intervengan activamente y en igualdad de armas, de manera que en este aspecto no sólo se requiere una habilidad técnica por parte del juez a la hora de utilizar todos los recursos e instrumentos disponibles para contactar con la parte demandada, sino también un tacto y una sensibilidad especial para convencerle de la conveniencia de intervenir

Por último, en relación al derecho al juez imparcial, puede parecer que la ausencia del proceso de la parte demandada supone que se le atribuyen los hechos alegados en su contra. Si bien es verdad que la no colaboración en el proceso es bastante elocuente para los jueces, cabe recordar que la imparcialidad ha de regir a lo largo de todo el proceso hasta la conclusión del mismo⁵⁸³. Así pues, la imparcialidad del juez es el paso previo e indispensable para que exista un juicio que sea verdaderamente justo, porque no sólo afecta a la adecuada configuración del sistema en un Estado de Derecho, sino que además se convierte en un derecho del justiciable⁵⁸⁴.

Aunque este derecho no viene contemplado como tal en la CE –el mismo art. 10.2 CE remite para la interpretación de los derechos y libertades fundamentales a todos aquellos acuerdos y tratados que hayan sido ratificados por España–, sí aparece en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) y en el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (1966). De este modo, el Tribunal Constitucional, a la hora de interpretar la Constitución⁵⁸⁵, ha de estar a lo dispuesto en el CEDH y seguir la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

en el proceso y hacer efectivo el ejercicio de su derecho de defensa en pro del descubrimiento de la verdad. Ya en el discurso del año 1989, el Papa Juan Pablo II aludía a esta labor concreta, insistiendo en que se “*debe hacer serios intentos para obtener la deposición judicial de tal parte y también de los testimonios que ésta podría aportar*” (JUAN PABLO II, “Discurso a los auditores, oficiales y abogados de la Rota Romana de 26 de enero de 1989”, en: AAS 81 núm. 7 (1989) p. 923).

⁵⁸³ En el foro civil, a pesar de que este derecho no viene reconocido expresamente en la Constitución Española, se entiende subsumido en la redacción del art. 24, y así lo manifestó la STC 47/1982, de 12 de julio, cuando afirmaba en su FJ 3º: “*el artículo 24 de la Constitución consagra el derecho al proceso, que comprende, entre otras garantías, la relativa a que el justificable sea juzgado por el juez ordinario predeterminado por la ley. Por ello, las normas que conducen a la determinación del juez entroncan con el mencionado artículo 24. (...) Están también las relativas a la concreta idoneidad de un determinado juez en relación con un concreto asunto, entre las cuales es preeminente la de imparcialidad*” (Ver también, en este mismo sentido, la STC 113/1987, de 3 de julio, en su FJ 2º, refiriéndose a una de las garantías del proceso público que es “*la que concierne a la imparcialidad del juez o del tribunal sentenciador*” y la STC 145/1988, de 12 de julio, en su FJ 5º: “*el derecho a un juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho*”).

⁵⁸⁴ Cf. COLMENERO, M., “La garantía del derecho a un juez imparcial”, en: *Persona y Derecho*, 55 (2006) p. 722.

⁵⁸⁵ La jurisprudencia del TC ha reconocido expresamente la imparcialidad judicial como una de las garantías que configuran el derecho a un proceso debido, “*sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso*” (Cf. FJ 3º STC 60/1995, de 16 de marzo (BOE núm. 98, de 25 de abril de 1995)).

Humanos (TEDH), pues “*constituye un obligado y valioso medio hermenéutico para configurar el contenido y alcance de los derechos fundamentales (art. 10.2 CE)*”⁵⁸⁶.

Los criterios fijados por el TEDH en torno al derecho al juez imparcial parten de la aseveración de que “*lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática*”⁵⁸⁷, sirviendo así para inspirar otros criterios que darán respuesta a las situaciones que se presenten. En primer lugar, en la exigencia de imparcialidad del juez se reconoce una doble dimensión, subjetiva y objetiva. La subjetiva “*exige que el juez considere asuntos que le sean ajenos, en los que no tenga interés de clase alguna, ni directo ni indirecto*”⁵⁸⁸ y la objetiva es aquella que se puede dar “*cuando los Magistrados no han tenido contacto anterior con el ‘thema decidendi’, de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para concluir cualquier duda razonable al respecto*”⁵⁸⁹.

Otro de los criterios sostenidos en pro de la imparcialidad es que deben existir elementos objetivos tanto en la tramitación como en la decisión del proceso que lleven a verificar si el tiene o no la debida imparcialidad⁵⁹⁰. Pero a este se une también otro criterio por el cual se establece que la imparcialidad del juez sólo se puede definir en las circunstancias del caso concreto, sin que se deba interpretar en abstracto, refiriéndose concretamente a los casos en los que el juez instructor y el que sentencia sea el mismo⁵⁹¹, lo que no siempre conlleva que sea un juez parcial⁵⁹².

La imparcialidad supone, por tanto, que el Juez no se puede identificar con la pretensión de las partes ni tampoco puede ponerse en el lugar de las mismas, sino que ha de mantenerse totalmente neutral y objetivo. Es un tercero imparcial y ajeno a la causa, y como tal, no puede asumir procesalmente funciones de parte ni puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones que puedan poner de

⁵⁸⁶ FJ 5º de la STC 162/1999, de 25 de septiembre (BOE núm. 263, de 3 de noviembre de 1999).

⁵⁸⁷ Caso *Piersack contra Bélgica*, de 1 de octubre de 1982, apartado 30. a).

⁵⁸⁸ FJ 4º de la STC 11/2000, de 17 de enero (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2000).

⁵⁸⁹ Ibidem.

⁵⁹⁰ Apartado 58 caso *Ferrartelli y Santangelo contra Italia*, de 7 de agosto de 1996. Ver también apartado 44 del caso *Wettstein contra Suiza*, de 21 de diciembre de 2000; apartado 23 caso *Pescador Valero contra España*, de 17 de junio de 2003.

⁵⁹¹ FJ 3º de la STC 142/1997, de 15 de septiembre (BOE núm. 248, de 16 de octubre de 1997).

⁵⁹² Caso *Hauschildt contra Dinamarca*, de 24 de mayo de 1989, Apartado 49.

manifiesto una toma de posición anímica tanto a favor como en contra⁵⁹³. Por eso, tampoco puede adelantar ninguna opinión ni juicio de valor respecto al fondo del asunto, y mucho menos se puede dejar llevar por la actitud procesal manifestada por alguna de las partes. Esto podría, en tal caso, suponer un indicio que luego debe corroborarse con las pruebas. De esta manera, el juez debe juzgar los hechos que gocen de base probatoria y adoptar una resolución conforme a los criterios de prudencia y objetividad y de acuerdo a la certeza moral que haya alcanzado sobre el caso concreto. Por eso, ante la ausencia de la parte demandada se ha de tener en cuenta que *“el rechazo del interesado compromete la credibilidad subjetiva, pero no ofrece credibilidad objetiva, en cuanto que no puede ser interpretado como una implícita admisión de los hechos (c. 1531 §2). La certeza moral del juez debe reposar sobre hechos objetivos”*⁵⁹⁴.

Ciertamente, y es aquí donde surge el problema, no todos los Tribunales agotan en la práctica los medios de los que disponen para citar a la parte demandada, sobre todo cuando la parte actora advierte al Tribunal sobre su posible actitud desinteresada, predisponiéndole ante una actitud que luego puede revelarse contraria a lo que se pensaba y que al no ser contrastada entraña el peligro de colusión por parte del Tribunal o de aparente complicidad con la defensa de la parte actora. Por eso, en muchas ocasiones, aún debiendo insistir en la notificación para poner en conocimiento de la parte demandada la apertura de un proceso de nulidad matrimonial en el que ella es parte interesada y realizar así una investigación sobre su paradero cuando éste se desconozca, se terminan omitiendo ciertas diligencias que nunca llegarán a ser denunciadas por la parte demandada al no llegar a personarse, lo que no resta responsabilidad al Tribunal que no procedió como debiera.

Consideramos que la figura del Defensor del Vínculo es decisiva en este punto, de manera que pueda controlar el íter procesal y advertir de las irregularidades que pudieran darse. Igualmente, creemos oportuno destacar, como algo positivo, el papel que venían desempeñando los tribunales de segunda instancia para detectar en fase de revisión cualquier anomalía procesal que hubiera soslayado la contradicción entre las partes y hubiera favorecido un pronunciamiento a favor de la nulidad, por apreciarse facilidades en el discurrir del proceso. Lamentamos, pues, que la reciente supresión del

⁵⁹³ Cf. FJ 5º de la STC 162/1999, de 27 de septiembre (BOE núm. 263, de 3 de noviembre de 1999).

⁵⁹⁴ TACERO OLIVA, J. E. *Nueva aproximación de la pericia ...o.c.*, p.115.

trámite obligatorio de la segunda instancia dejando en manos de un solo juez o de un tribunal colegial la decisión sobre la declaración de nulidad⁵⁹⁵ pueda generar una ausencia de garantías que habrán de ser compensadas, sin duda, con el refuerzo de una mayor profesionalidad por parte de los jueces.

c) La notificación de los actos judiciales y la salvaguarda del derecho de defensa

A través de la citación la parte demandada en la causa conoce que han interpuesto una causa contra ella y le confiere el derecho a presentarse en el juicio y dar a conocer cuál será su postura procesal. La primera ocasión de proceder a la citación viene dada con el traslado de la demanda a la parte demandada una vez ha sido interpuesta por la parte actora. Y, de recabar una respuesta por parte del sujeto demandado, se entendería que comienza a desplegar sus efectos la litispendencia.

Un segundo momento procesal relevante es aquel dispuesto para fijar los términos de la controversia o *litiscontestación* –expresado bajo la locución “concordancia de la fórmula de dudas” para los procesos matrimoniales canónicos–, por el que a las partes se les notifica los capítulos en base a los cuales va a girar todo el proceso y sobre los que fundamentalmente versarán las pruebas que se presenten, habiendo recogido las pretensiones de una y otra parte (las aducidas en la demanda y las que hubiere en la contestación a la misma).

Por tanto, en base a lo expuesto y verificada la importancia de la citación al comienzo del proceso, no es de extrañar que, de no ser ésta legítimamente notificada, conlleve la nulidad de los actos del proceso⁵⁹⁶. Obviamente, y como apunta el parágrafo 3 del c. 1507 CIC, la comparecencia espontánea de los litigantes omite el trámite de citación formal.

Precisamente, de esa primera comparecencia depende que la parte demandada en el proceso se persone en los siguientes actos judiciales, como puede ser el momento en que sea requerida para prestar declaración o para someterse a un peritaje. De aquí se derivan algunos inconvenientes que pueden no sólo lesionar el derecho de defensa

⁵⁹⁵ Reforma operada por el Papa Francisco mediante la aprobación de las normas sobre el proceso canónico para la declaración de nulidad del matrimonio del Código de Derecho Canónico, contenidas en el Motu Proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus*, de 15 de agosto de 2015.

⁵⁹⁶ Así se establece en el c. 1511 CIC, sancionando con la nulidad de las actuaciones la citación que no fuera notificada en forma legítima.

efectiva de las partes, sino también impedir que se llegue a una sentencia justa porque existan elementos sobre los que subsista una indagación escasa y deficiente.

Generalmente, cuando se habla de comunicaciones o notificaciones nos referimos al método o cauce empleado para dar a conocer a las partes las actuaciones procesales, sin que implique un mandato de comparecer o responder. Ahora bien, la citación, como tal, conlleva que no sólo se ponga en conocimiento de las partes un hecho o un acto concreto, sino que se requiere una manifestación al respecto⁵⁹⁷, verbal o por escrito, previendo incluso que se convoque a las partes mediante nuevo decreto si se considerara necesario⁵⁹⁸.

Existe en primer lugar, como medio para notificar una citación, la figura del *Notario judicial eclesiástico*, que es la persona pública designada para las actuaciones procesales que se celebren ante tribunales eclesiásticos de justicia⁵⁹⁹, y caracterizado como el *magister actorum* del proceso, es decir, “*un verdadero técnico para la forma procesal, que con perfección técnica redacta los autos y los ilustra con sus anotaciones, los ordena con enumeración prolija y los custodia*”⁶⁰⁰.

El homólogo del Notario Eclesiástico en el fuero civil es el Secretario Judicial⁶⁰¹, actuando como responsable del servicio de notificaciones, que se realizarán por él mismo o por el funcionario que designe, según dispone el art. 152 de la LEC. No

⁵⁹⁷ El c. 1507 §1 CIC ofrece una doble posibilidad (que puede emplearse de manera alternativa o cumulativa) para que la parte demandada conteste al Libelo, pudiendo determinar que responda “*por escrito o comparecer ante él para concordar las dudas*”.

⁵⁹⁸ cf. c. 1507 §1 CIC.

⁵⁹⁹ Cf. DIEGO LERENA, Voz: “Notario Judicial”, en: *Diccionario General de Derecho Canónico*, Pamplona, 2012, Vol. V, p. 579.

⁶⁰⁰ DEL AMO, L., *Comentario al c. 1437 del Código de Derecho Canónico*, Pamplona, 2007, p. 915.

⁶⁰¹ En relación a la forma de realizar estos actos de comunicación, la legislación civil articula una ejecución de manera organizada y sistemática, para garantizar al máximo que este trámite sea escrupulosamente cumplido, haciendo recaer la responsabilidad principal en el Secretario Judicial, que es quien debe dirigir cómo han de realizarse los actos de comunicación. No obstante, son los funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial y el procurador de la parte que lo solicite quienes llevarán a efecto esas notificaciones, personalmente o en el domicilio del destinatario. La forma prevista de efectuar esta comunicación cuida mucho que cualquiera de los medios que pudieran ser utilizados dejen “*constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido del comunicado*” (art. 152 LEC 2000). Quizá, sobre este punto la legislación canónica no manifiesta una preocupación proporcionada a la importancia del momento de la notificación, cuando en parte es la que define el transcurso y desarrollo del proceso, con una intervención más o menos activa por la parte que es notificada.

obstante, dependiendo del tipo de actuaciones procesales, la LEC dispone también la notificación a la representación procesal, cuando la parte esté personada (art. 153 LEC), en la sede del Tribunal o en el servicio común de recepción organizado por el Colegio de Procuradores (art. 154 LEC). Este viene a ser el proceder de algunos Tribunales Eclesiásticos que exigen que, pese a la permisividad del Código a favor de concentrar en una misma persona el oficio de abogado y procurador, estas dos figuras se establezcan por separado.

Sobre este punto, nos encontramos con una redacción de los cánones poco concluyente y que promueve una actuación bastante independiente y desigual en la praxis de los Tribunales Eclesiásticos. Es cierto que, en aras de responder a la verdad y de amparar el derecho de defensa de la parte demandada, se procura acudir a aquellos medios legítimos que aseguren la concesión de esa igualdad de oportunidades para expresarse y declarar en el juicio. El c. 1509 §1 CIC alude al “*servicio público de correos o por otro procedimiento muy seguro, observando las normas establecidas por la ley particular*” para cursar todas aquellas notificaciones relativas a “*citaciones, decretos, sentencias y otros actos judiciales*”. La preferencia por este sistema, no obstante, no supone un rechazo de otros posibles medios que garanticen una entrega segura y que permita adaptarse a las especificidades del proceso canónico. De hecho, la razón de mencionar este servicio como si se tratara del único es simplemente por sintetizar la normativa para aquellos aspectos que pudieran ser regulados por legislación particular⁶⁰².

En principio, se presupone que al momento de notificar la citación, el sujeto demandado accederá a recogerla interesado por su contenido, pero no siempre es así. De hecho, el siguiente canon 1510 CIC recoge el supuesto específico de que el demandado no quiera recibir la cédula de citación o impide que ésta llegue a sus manos, previendo para ambos casos que se le considere legítimamente citado⁶⁰³.

⁶⁰² Recordemos una vez más que la legislación del Código de Derecho Canónico se aplica para la Iglesia Latina en todos los países allí donde la misma tiene representación y por ende, va dirigida también a aquellos católicos que estén obligados a cumplirla por el hecho de estar bautizados (Cf. c. 1 CIC). Esta universalidad requiere que para ciertas cuestiones haya una regulación específica que contemple la correspondiente legislación particular, atendiendo en este caso a razones de usos y costumbres propios, además de considerar que según el país, podrá existir una canonización total o parcial de algunos preceptos o prácticas de la jurisdicción civil.

⁶⁰³ Si bien no encontramos en ninguna parte de la legislación canónica actual la obligación del tribunal de reiterar la citación a la parte demandada –ni cuando consta que recibió la primera

El recurso a la figura del *Cursor* para que la cédula de citación sea entregada personalmente o la utilización del edicto en caso de que no se conozca el domicilio del demandado es algo que prácticamente no tiene mucha cabida en los Tribunales Eclesiásticos españoles ni tampoco goza de gran respaldo normativo, lo que no impide que todavía hoy se siga utilizando⁶⁰⁴.

que legítimamente se le hizo ni cuando sea devuelta sin haber sido entregada al destinatario—, generalmente prevalece en el proceder de los Tribunales Eclesiásticos la costumbre de repetir la citación al menos por una segunda vez. Aunque también es verdad que muchos Tribunales proceden a notificar sólo una vez y la consideran totalmente válida cuando se hace evidente que la parte ha tenido posibilidad de recoger la carta y no ha manifestado, conscientemente, ninguna voluntad para ello. Ya en la legislación codicial anterior de 1917 se contemplaba en el c. 1714 que “*toda citación es perentoria, y no es menester reiterarla, a no ser en el caso de que se trata en el canon 1845 §2*”. Es decir, que se daba por supuesto que una sola citación podía conferir validez y seguridad de haber cumplido con este acto procesal, aunque dejaba la posibilidad de que el juez “*para quebrantar la contumacia del reo*” pudiera “*también amenazarlo con penas eclesiásticas*”. Obviamente, tal y como indica el siguiente parágrafo 2 del mismo canon, para poder aplicar las penas había de “*reiterar la citación del reo conminándolo con penas; y en tal caso, ya no le es lícito declarar la contumacia o, después de declarada, aplicar las penas, de no probarse que tampoco esta segunda citación surtió efecto*”. Aunque bien es cierto, también, que la Instrucción PME del año 1936 establecía en su art. 86 la obligación —ya no sólo la posibilidad— de reiterar la citación si se dudara de que hubiera llegado o no a manos del reo. Incluso, resulta de interés mencionar la Instrucción *Di processibus in causis dispensationis super matrimonio rato et non consummato*, de 7 de mayo de 1923, § 2 y 3 del número 38: “§2. Si el citado rehúsa cumplir el precepto de comparecer, vea el juez si conviene repetir la citación (c. 1843 §2) o se han de emplear otros medios más oportunos y eficaces, cual sería la intervención de una persona amiga o grave por su autoridad. De ordinario será prudente abstenerse de emplear medios coercitivos para quebrantar la contumacia. §3. Vea también el juez si la no comparecencia de la parte o del testigo puede suplirse con otros testigos que estén informados del asunto respecto del cual se les hubiera preguntado a aquéllos” (CONGREGACIÓN PARA LA DISCIPLINA DE LOS SACRAMENTOS, “Instrucción Di processibus in causis dispensationis super rato et non consummato, de 7 de mayo de 1923”, en: AAS 15, núm. 8 (1923) p. 400). Sirva esta remisión a la normativa canónica anterior para contrastar la diferencia de la actual respecto a la primera de 1917, pues en ninguna parte encontramos ninguna penalización hacia una conducta de no colaboración ni tampoco la referencia a advertir por medio de una segunda citación. Pero aunque parezca que la evolución de la norma camina hacia una flexibilización del ánimo de buscar a la parte demandada en el proceso, se han previsto otras medidas o instrumentos (dejando, eso sí, al juez una mayor capacidad de libertad, decisión o elección al respecto) que demuestran lo contrario. Pensemos, por ejemplo, en la redacción del art. 138 DC, que recuerda encarecidamente que “*El presidente o el ponente deben procurar, no obstante, que el demandado no persista en su ausencia*”.

⁶⁰⁴ Pensemos, por ejemplo, en el caso del Tribunal de la Rota Romana, que en sus normas de organización interna ha acogido nuevamente las figuras de los *cursores* y *apparitores* y que son considerados como colaboradores del Tribunal asignándoles la función específica de notificar y custodiar los documentos. Esta tarea, además, lleva implícito el hecho de dar fe de esas concretas actuaciones practicadas. Por el contrario, para el Tribunal de la Rota Matritense, conforme su reglamento interno, para los cursores y alguaciles está previsto únicamente el cuidado y la custodia de las salas y oficinas. Por eso, en una interpretación extensiva del precepto canónico según el c. 1509 CIC, se puede considerar que dentro de los “medios seguros” podría incluirse perfectamente el del Cursor.

En el supuesto de los *Edictos*, con cierta sorpresa nos encontramos con que la Instrucción *Dignitas Connubii* recupera una disposición de la normativa codicial anterior, pero viene a considerarla de algún modo cumulativa con opción a que sea el Tribunal el que considere su necesidad conforme a la ley particular⁶⁰⁵. Así pues, en el art. 132 DC se ordena que se deba proseguir con el procedimiento “*siempre que, después de una diligente investigación, se ignore dónde se encuentra la parte que debe ser citada o a la que debe notificársele un acto*”. Por tanto, se deduce aquí que sea obligatorio llevar a cabo una cuidadosa investigación, siendo ésta suficiente para concluir el plazo estimado prudente para intentar localizar al demandado y no dilatar así innecesariamente el proceso.

Por su parte, la LOPJ, en su art. 271, habilita con carácter general la práctica de las notificaciones por correo, telégrafo o cualquier otro medio técnico que permita su constancia y la de las circunstancias esenciales de la misma según determinen las leyes procesales. Pero en aquellos casos en que no pueda averiguarse el domicilio del demandado, a afectos de su personación, la comunicación se llevará a cabo mediante edictos (art. 156 y 164 LEC) y el Tribunal lo comunicará al Registro central de rebeldes civiles, con sede en el Ministerio de Justicia (art.157 LEC). La publicación en periódicos o boletines solo se hará a instancia de parte.

En parte, a pesar de la dudosa eficacia que pudieran tener estos medios, entendemos que cualquier intento legítimo fuera de la práctica común debe ser bienvenida, aún más cuando se trata de garantizar el derecho de defensa de la otra parte y para evitar que la parte demandada pudiera quejarse de que no se ha hecho lo posible por localizarla⁶⁰⁶.

Junto a estos medios que ya conocíamos por el arraigo que han tenido en la práctica jurídica a lo largo de la historia, cabe preguntarse sobre otros posibles medios que pudieran utilizarse al servicio de este trámite procesal como medio subsidiario y alternativo una vez que se han utilizado los convencionales.

⁶⁰⁵ Siempre y cuando no se dilate exageradamente la duración del proceso, nada obsta para que se insista en notificar a la parte demandada. Incluso, para los casos en los que el demandado se encuentra en paradero desconocido, sin que nadie pueda informar sobre los datos de su actual domicilio o la dirección de su trabajo, se suele publicar mediante un edicto una breve reseña en el Boletín Oficial de la Diócesis sobre la causa en trámite y la solicitud de información sobre las posibilidades de contactar con la parte demandada.

⁶⁰⁶ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *La Instrucción “Dignitas Connubii ... o.c.*, p. 127.

Entendemos, por tanto, que hay otros medios más rentables y eficientes que no se plantean en el ámbito canónico porque se crean barreras ilógicas con la jurisdicción civil o se vincula a la idea de que un organismo público sólo pueda estar al servicio de lo que pertenece al ámbito meramente civil. Cabe mencionar, por ejemplo, que los tribunales civiles españoles, a la hora de investigar datos personales, recurren a organismos públicos como un trámite más de las diligencias básicas en un proceso, pudiendo consistir estas en “*la consulta a Registros Públicos, del padrón municipal, de la guía telefónica, oficiar a la Policía Judicial o a Ayuntamiento, a los correspondientes Colegios profesionales*”⁶⁰⁷. Por tanto, nada obsta para que también los Tribunales Eclesiásticos acudan a estos registros y recursos públicos para solicitar auxilio a la hora de procurar una información que supone la localización de un sujeto⁶⁰⁸.

Observamos que no se trata sólo de reticencia a utilizar estos recursos, sino que la Iglesia a veces ha entendido el concepto de separación entre la Iglesia y el Estado con una interpretación estricta para la que tan sólo cabe una mínima colaboración con el fin de no exponerse a posibles injerencias⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ FURQUET MONASTERIO, N., *Las comunicaciones procesales*, Barcelona, 2005, p. 107.

⁶⁰⁸ A este proceder ya invitaba Mons. Grocholewski, cuando señalaba que “*Ubi id possibile sit, decisivum esse etiam potest, ad partem conventam inveniendam, auxilium auctoritatem civilium, seu officii in quo publicus civium fit elenchus (anagraphe)*” (Cf. GROCHOLEWSKI, Z., De periodo initiali seu introductoria processus in causis nullitatis matrimonii, en: *Periodica*, vol. 85, n. 2 (1996) pp. 339-340).

⁶⁰⁹ Conforme al Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español sobre Asuntos Jurídicos del año 1979, se han reconocido los efectos civiles al matrimonio celebrado en forma canónica aún con el requisito necesario de que sea inscrito en el Registro Civil para que tenga pleno reconocimiento. Además, también se establece que “*Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, podrán acudir a los Tribunales Eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las Partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal Civil competente*” (art. VI. 2). Así pues, en base a esta disposición que pauta los términos de un reconocimiento jurisdiccional mutuo, no habría inconveniente en que llegado el caso, y de comprobar que pudiera ser de utilidad, el Tribunal Eclesiástico recurriera a la jurisdicción civil para solicitar algún dato de interés para la causa. Cabe recordar cómo los Tribunales Civiles, en ocasiones, han acudido a los Tribunales Eclesiásticos para solicitar los autos de alguna causa de nulidad matrimonial, por considerar el contenido de interés para algún proceso que se estuviera tramitando ante la jurisdicción civil. Del mismo modo, incluso, el Tribunal Eclesiástico podría solicitar al Tribunal Civil que le remitiera copia de algún proceso que fuera decisivo para probar algún capítulo de nulidad concreto (pensemos, por ejemplo, en supuestos de malos tratos, de conductas fraudulentas con engaño permanente, diagnóstico de trastornos psíquicos por un profesional especializado en la materia, etc.).

Es importante recalcar la necesidad de que el Tribunal indague sobre la veracidad de los datos que aporte la parte actora como punto de partida de la investigación, así como comprobar, en la medida de lo posible, que no está ocultando datos para evitar que se contacte con la parte demandada y evitar, de esta manera, una confrontación de intereses o que prime sólo la versión que ésta quiera dar en el proceso, sin dejar lugar a la necesaria contradicción.

En la práctica de los Tribunales civiles se contempla que, para conseguir el domicilio del demandado, se recurra a todas aquellas referencias contenidas en la demanda y que pudieran enlazar con personas⁶¹⁰ u organismos que pudieran prestar ayuda en la localización del sujeto demandado. Al igual que esto está previsto para cualquier tipo de investigación en el orden civil, entendemos que también la jurisdicción eclesiástica podría ostentar cierta autoridad para solicitar unos datos que tienen incidencia sobre un proceso que resolverá el estado civil de los sujetos en cuestión. Y aún cuando alguna entidad se niegue a facilitar datos por considerarlos objeto de la privacidad e intimidad del demandado, siempre se puede acudir al auxilio de organismos públicos oficiales si su obtención justifica un interés legítimo del propio Tribunal para ser, al mismo tiempo, garante del derecho de defensa de la parte demandada.

Cabe destacar, dentro de las diversas formas de auxilio, cómo el *auxilio judicial* representa un sistema básico de cooperación entre los tribunales en pro de la justicia. Supone, ante todo, eliminar cualquier barrera u obstáculo que pudiera impedir obtener datos objetivos y necesarios para que una causa pueda tramitarse en las condiciones que garanticen una mejor salvaguarda de los derechos de las partes. No se trata, en ningún momento, de buscar que otro tribunal supla la intervención del que se considera competente inicialmente ni tampoco que el tribunal al que se solicita ayuda intervenga

⁶¹⁰ En el ámbito canónico, se suele recordar a la parte actora o demandante que, de poder obtener el número de teléfono de la otra parte, lo facilite al Tribunal para utilizarlo en caso de que fuera necesario. Incluso, se aconseja que se proporcione el número de teléfono del abogado de la parte demandante para permitir que, al momento de recibir el escrito de demanda, la parte demandada considere la posibilidad de contactar con el abogado de la parte contraria, muchas veces guiados por la creencia análoga –también ante el desconocimiento de cómo funcionan este tipo de procesos– de que podrían estar representados y asistidos técnicamente por el mismo profesional. Esto facilita que al menos tengan la posibilidad de consultar hasta qué punto les obliga el requerimiento del Tribunal Eclesiástico. También es posible, desde un ánimo ferviente de servir a la verdad, que la parte demandante facilite el número de teléfono de familiares, amigos o incluso profesionales que por la particular relación con la parte demandada, puedan ser interlocutores del aviso del tribunal.

en el proceso conociendo el fondo del asunto. La labor que se solicita al tribunal colaborador radica única y exclusivamente en la recogida de unos datos que puedan ser de interés para el tribunal solicitante.

El auxilio judicial, como tal, está contemplado en el c. 1418 CIC, y en virtud de éste, el derecho que tiene el tribunal rogante de solicitar el auxilio hace surgir la obligación por parte del tribunal rogado de cumplir diligentemente con el encargo recibido: *“Todo tribunal tiene derecho a pedir la ayuda de otro tribunal para la instrucción de la causa o para hacer intimaciones judiciales”*. Se trata, pues, de facilitar el desarrollo de la justicia y salvar las dificultades lógicas que se derivan de los límites de competencia más allá del territorio donde se puede ejercer legítimamente⁶¹¹ y para procurar también que cuando se desarrolle la fase de instrucción, puedan acudir los testigos presentados por las partes a los tribunales a los que pertenezcan por razón de domicilio⁶¹².

Existen también otros recursos de los que se sirve fundamentalmente la jurisdicción civil y que podrían examinarse para su aplicación en el ámbito canónico. De hecho, sobre ellos nada se dice en la legislación canónica pero sí vemos que se contemplan ya en la legislación civil, como el Telegrama⁶¹³, los medios electrónicos⁶¹⁴

⁶¹¹ También el c. 1469 §2 CIC recoge la posibilidad de que *“el juez, por causa justa y oídas las partes, puede salir de su propio territorio para recoger pruebas, pero con licencia del Obispo diocesano del lugar al que va y en la sede que éste determine”*. No obstante, esta disposición se ve con cierto recelo, y hasta se considera innecesaria cuando hay otro precepto que invita a acudir al auxilio judicial, que a fin de cuentas, resulta más económico. Ahora bien, ciertamente, que el juez se desplace, si bien puede hacer que el proceso resulte más costoso, también puede permitir acceder a una prueba con mayor rapidez antes de que ésta deje de existir e incluso, dependiendo del tipo de prueba, puede que el juez tenga un interés personal en plantear el examen directo de una prueba concreta porque intuya que la percepción que tenga sobre ella pueda ser diferente si deja que se obtenga a través de otros órganos judiciales colaboradores.

⁶¹² Concretamente, en lo que a la citación de las partes se refiere y en relación al auxilio judicial, la codificación canónica actual nada dice expresamente, sino que se refiere a un auxilio extendido a cualquier acto de intimación en cualquier fase del proceso. Pero curiosamente, la codificación anterior sí mencionaba el auxilio judicial para la citación de las partes en el c. 1570 §2 CIC⁶¹². Entendemos, pues, que la omisión de una descripción detallada de las posibilidades que puedan acogerse a la modalidad del auxilio judicial se debe a una apertura a favor de eliminar cualquier tipo de dificultad que pueda surgir en el proceso. Una redacción amplia favorece que no haya problemas de interpretación y que se pueda permitir una actuación menos encasillada para no dilatar el proceso buscando soluciones que perfectamente pueden contemplarse en la ley.

⁶¹³ Prácticamente, el correo certificado y el telegrama sirven de manera parecida al ejercicio de la notificación. Ahora bien, encontramos en el telegrama el inconveniente de probar que ha sido entregado al destinatario, pues no existe un acuse de recibo telegráfico. Para salvar este problema, en la práctica se suele optar por enviar un telegrama al remitente comunicando el

y telemáticos⁶¹⁵, el teléfono⁶¹⁶ y el fax⁶¹⁷. Bajo la rúbrica “*Remisión de las comunicaciones por correo, telegrama u otros medios semejantes*” la LEC recoge aquellos medios que, por poseer características similares (por razón, fundamentalmente, del acuse de recibo en cuanto al carácter eficiente de la notificación y también por la comunicación en tiempo real o en tiempo no superior al que permitan por lo general los mecanismos de transmisión de la información actuales), puedan considerarse, potencialmente, aptos para cursar las notificaciones⁶¹⁸. Esto garantizará la autenticidad

resultado de la comunicación telegráfica⁶¹³. Ahora bien, si este sistema no resulta convincente para el ámbito civil, tampoco para el ámbito canónico será un referente que indique que se vaya a optar por él. Por tanto, el uso del telegrama deberá quedar restringido a aquellas comunicaciones que no requieran expresamente la constancia de la notificación efectuada y cuya información pueda acogerse a la brevedad de su contenido.

⁶¹⁴ A pesar de que el uso del correo electrónico en el ámbito judicial civil aún se encuentra en fase de experimentación, ya ha habido ciertos avances en la línea de agilizar los trámites procesales y favorecer el sistema de envío de comunicaciones entre Tribunales y profesionales de la Justicia de forma segura y con las garantías que ofrece la firma electrónica. Hablamos, por ejemplo, de la aplicación web LexNet⁶¹⁴, que desde el año 2004 que empezó a funcionar, ha permitido intercambiar más de 21.000.000 de mensajes, contando con alrededor de 24.000 usuarios y siendo utilizado por más de 1400 órganos judiciales. Esta plataforma⁶¹⁴ ha permitido intercambiar de forma segura documentos judiciales diversos (notificaciones, escritos y demandas), convirtiéndose así en un eficaz instrumento de trabajo, además de ser equiparado, a nivel de seguridad, con el teléfono o el fax, y a nivel de eficacia, con el correo electrónico.

⁶¹⁵ El uso cada vez más frecuente de las nuevas tecnologías ha irrumpido con fuerza en la sociedad actual, y también en el ámbito judicial se ha destacado su notable influencia, siendo ésta cada vez mayor. De ahí que la Ley de Enjuiciamiento Civil incluya un precepto que regule, concretamente, los “*Actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares*” además de otros que guarden relación con otros mecanismos y procedimientos judiciales. El correo electrónico se ha convertido en la actualidad en el medio preferido que encabeza el listado de recursos para la comunicación escrita. Sin embargo, a pesar de las alabanzas que recibe este medio, no deja de entrañar serias dificultades para ofrecer una convicción plena de que reúne los mismos requisitos de autenticidad e integridad del contenido.

⁶¹⁶ El empleo de este medio de comunicación para notificar una citación ha sido rechazado ampliamente en el ámbito jurídico civil español, y también en el ámbito canónico, pues la problemática surge en el momento en que no se puede acreditar de ningún modo la personalidad real del sujeto que interviene en la locución ni siquiera alegando una identificación de su voz (cf. STC 105/1993, de 22 de marzo, fundamento jurídico nº 4). No obstante, consideramos que, tanto si se puede o no dejar constancia, no deja de ser un medio bastante útil para notificar las citaciones de los testigos y los peritos, incluso para los propios abogados y procuradores. Ahora bien, quizá, lo más correcto sea considerarlo como un medio complementario para reforzar la notificación o para asegurar que la misma se ha llevado a cabo correctamente.

⁶¹⁷ Este medio, si bien ha sido sustituido en muchos casos por el uso del correo electrónico, todavía se sigue utilizando y considerando un medio bastante seguro y diseñado con la posibilidad de ofrecer información de garantía sobre la recepción del documento que se envía. De hecho, con el envío de cualquier pliego, automáticamente se genera una hoja a modo de resguardo que sirve de prueba para certificar dicho envío.

⁶¹⁸ La normativa no contempla la obligatoriedad de su uso, sino que plantea el protocolo a seguir a partir de que esos medios hayan sido incorporados al sistema de tramitación de la

de la comunicación y de su contenido y la constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron, con el acuse de recibo procedente⁶¹⁹. Sobre este aspecto, sería necesario que la legislación canónica definiera y concretara el uso de estos medios para ampliar el margen de posibilidades de notificación a la parte demandada por un cauce rápido y seguro.

De hecho, en relación a la prueba pericial, la citación reviste una importancia fundamental, pues según se haya declarado a la parte demandada como parte activa o ausente en el proceso, la posibilidad de someterse o no a la pericia plantea también diversas alternativas de actuación por parte del Tribunal en la búsqueda de la verdad.

Para el ordenamiento civil, la ausencia del demandado en la causa es calificada con el término “rebeldía”. No se trata, pues, de una simple incomparecencia, sino que, el demandado podría conocer o no el contenido de la demanda interpuesta frente a él sin que manifieste respuesta alguna sobre su intención de participar o no en el proceso. Por esta razón, la LEC advierte en su art. 497.2 que la declaración de rebeldía no puede ser considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, a no ser que la ley expresamente disponga lo contrario. En términos similares se expresa la legislación canónica cuando advierte en el c. 1510 CIC que *“el demandado que rehúse recibir la cédula de citación, o que impida que ésta llegue a sus manos, ha de tenerse por legítimamente citado”*.

En lo que respecta a la declaración de rebeldía en el ordenamiento jurídico civil encontramos que la LEC plantea casi en términos idénticos los efectos que derivarían de la incomparecencia de la parte demandada, anunciando que *“El Secretario judicial declarará en rebeldía al demandado que no comparezca en forma en la fecha o en el plazo señalado en la citación o emplazamiento, excepto en los supuestos previstos en esta ley en que la declaración de rebeldía corresponda al Tribunal”*.

administración de justicia. Las reglas son claras y precisas, y van orientadas a salvaguardar los derechos básicos de los justiciables, como es el derecho a ser notificado convenientemente, a conocer el contenido de la notificación así como la garantía de que la documentación que sea auténtica. El sistema que observa escrupulosamente y con seriedad este iter asegura una correcta comunicación de los actos procesales.

⁶¹⁹ Para ello las partes y los profesionales, deberán comunicar al Tribunal la disposición de estos medios y el Ministerio de Justicia constituirá un Registro, accesible electrónicamente, de los indicados medios y las direcciones correspondientes a los organismos públicos.

El Código de Derecho Canónico se refiere a la incomparecencia de las partes en el art. 1592 §1 CIC, advirtiendo que “*si el demandado no comparece cuando se le cita ni da una excusa razonable de su ausencia, ni responde a tenor del can 1507 §1, el juez ha de declararlo ausente del juicio*”⁶²⁰ y mandar que la causa, observando lo que está mandado, prosiga hasta la sentencia definitiva y su ejecución”. A propósito de lo dispuesto en este canon, la Instrucción *Dignitas Connubii* recalca en su art. 138, 1 la expresión “debidamente citado”, haciendo hincapié en todo momento en la legitimidad de los medios utilizados para dar curso a la notificación de los actos.

Sorprende que la Instrucción *Dignitas Connubii* introduzca, a modo de recomendación, el deber del juez presidente o ponente para procurar “*que el demandado no persista en su ausencia*”⁶²¹. En esta exhortación manifestada con cierto carácter imperativo podemos intuir la finalidad pastoral⁶²² que pervive detrás de cada proceso matrimonial, sobre todo cuando lo que está en juego es el vínculo matrimonial. Esta

⁶²⁰ En la anterior codificación de 1917, la incomparecencia de las partes se denominaba “contumacia”, queriendo hacer referencia con este término al carácter inflexible y reacio de la actitud del demandado, respondiendo así más concretamente a la idea de que la ausencia del juicio era una forma de desobedecer al juez. Aunque es cierto que esta actitud puede proceder tanto de la parte demandada como de la parte demandante, para ambos casos se prevén efectos jurídicos bien distintos. Cabe decir que actualmente, el término Contumacia ha quedado relegado únicamente a su empleo en el Derecho Penal Canónico con un significado más próximo a la reincidencia y a la incorregibilidad del sujeto que comete un delito (Cf. Com. c. 1592, en: PROFESORES DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico...o.c.*, p. 917).

⁶²¹ Cf. art. 138.2 DC. Una vez más, queda patente la misión particular del juez para averiguar la verdad poniendo los medios que tenga a su alcance para buscar la concurrencia de ambas partes en la causa. Eso no significa que el juez abandone su rol de independencia y se inmiscuya más de lo necesario en el proceso, sino que siempre que sea posible y dentro de los límites de la ley, debe facilitar la participación de las partes.

⁶²² Debemos recordar las palabras del Papa Juan Pablo II en su Discurso al Tribunal de la Rota Romana en el año 1989, donde manifestaba la necesidad de procurar la participación activa de la parte demandada y de reforzar el surgimiento de un interés a instancia del juez para procurar, por todos los medios que hubiera a su alcance, la intervención en el proceso de la parte demandada que no hubiera querido intervenir en el proceso: “*Es necesario añadir inmediatamente algunas matizaciones respecto a las causas matrimoniales. Aun cuando una de las partes hubiera renunciado al derecho de defensa, permanece para el juez en estas causas el grave deber de obtener la declaración judicial de dicha parte y también de los testigos que ésta podría aducir... A veces, la parte demandada no quiere presentarse a juicio, no aduciendo motivo idóneo alguno, justamente porque no comprende cómo la Iglesia podría declarar la nulidad del sagrado vínculo de su matrimonio después de tantos años de convivencia. La verdadera sensibilidad pastoral y el respeto por la conciencia de la parte imponen en tal caso al juez el deber de ofrecerle todas las informaciones oportunas relativas a las causas de nulidad matrimonial y buscar con paciencia su plena colaboración en el proceso, incluso para evitar un juicio parcial en una materia tan grave*” (JUAN PABLO II, “Discurso a los auditores, oficiales y abogados de la Rota Romana de 26 de enero de 1989”, en: *AAS* 81 núm. 7 (1989) p. 923).

imperiosa necesidad no subyace, por ejemplo, en los procesos civiles matrimoniales, para los que no existe obligación alguna de intentar que el demandado renuncie a su negativa a personarse en el juicio. Quizá, aunque no se tratara estrictamente de salvaguardar un bien concreto ligado al objeto del juicio –como ocurre en el ámbito canónico–, al menos sería conveniente y deseable que por parte de la justicia civil surgiera casi de oficio la necesidad de procurar una intervención de ambas partes para garantizar, al menos, que se respetará el principio de contradicción y que servirá para disponer de más elementos que contribuyan a descubrir la verdad en el proceso⁶²³.

d) La protección de los derechos personales: especial referencia al derecho a la intimidad

Desde el punto de vista de los derechos personales, nos preguntamos ahora si es legítimo practicar la pericia sobre los autos cuando no exista el consentimiento del demandado porque éste haya sido declarado ausente en el juicio o porque se haya opuesto a la realización de la pericia con examen directo, extendiendo el interrogante también a si se trata de una cuestión privada e íntima de una sola de las partes –y por tanto se requiere su consentimiento expreso para realizarla– o por el contrario puede considerarse como un elemento común que atañe a ambas partes. Junto a esto, cabría también plantearse cómo afectaría al *ius connubii*⁶²⁴ y para el derecho a la tutela judicial efectiva de la otra parte tener que prescindir de la práctica de una prueba por la negativa

⁶²³ Al respecto, debemos anotar una pequeña observación que pretende apelar a la cautela y prudencia del Tribunal a la hora de manejar los datos que hubiera conseguido de la investigación previa sobre el domicilio de la otra parte. Y es que puede ocurrir que la parte demandada esté ocultando su domicilio por miedo a que, de conocerlo la otra parte, y temiendo reacciones adversas fruto de comportamientos violentos o de venganzas por procesos poco amistosos del pasado más o menos reciente, pueda atentar contra su integridad física o moral o la de las personas que convivan con ella. De hecho, recordemos que en un proceso de nulidad, no impugna la validez del matrimonio la parte no culpable, sino que perfectamente puede iniciar la acción procesal quien reconoce su responsabilidad e incidencia negativa a la hora de contraer matrimonio, habiendo provocado la nulidad del mismo. Por este motivo, el Tribunal nunca debería dar a conocer a la parte demandante los datos que hubiera descubierto, siempre para prevenir que se pudiera llegar a hacer un mal uso de ellos. Y esto se hace extensible, asimismo, al que ostente la defensa o la representación de la parte como Letrado o Procurador, quien no necesita conocer estos aspectos, pues cualquier comunicación, una vez iniciada la instancia, se deberá hacer al Tribunal y éste procederá a dar o no traslado a la otra parte cuando así lo considere oportuno o cuando la ley así lo prescriba.

⁶²⁴ El *ius connubii* abarca una realidad muy amplia, pues no sólo comporta la posibilidad de acceder al matrimonio sino que, en el contexto del proceso de nulidad, implica que los cónyuges tengan derecho, ante la sospecha de no estar válidamente unidos el uno al otro, de solicitar un estudio de su caso y por tanto, restablecer el equilibrio por medio de la justicia.

del otro cónyuge a someterse a ella. El conflicto de derechos es manifiesto y en ambos casos existe un interés jurídicamente protegido.

Algunas opiniones de la doctrina han criticado, en relación al uso de este tipo de pericia, que se estén conculcando algunos derechos fundamentales del sujeto oponente, como el derecho a la privacidad, al honor, a la fama y también, en lo que al proceso jurisdiccional se refiere, al derecho de defensa. Debemos, pues, comprobar en qué medida esta pericia puede lesionar esos derechos fundamentales reconocidos a todo hombre y mujer en la normativa internacional y la propia nacional. Así pues, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en su art. 12, se establece claramente que “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*”. Ahora bien, situándonos en el marco legal que regula la prueba pericial como tal y este otro tipo de pericia utilizado de manera subsidiaria, vamos a mostrar si las exigencias a favor de considerar y respetar estos derechos se observan en todo momento o si quizá este sistema presenta alguna irregularidad.

La protección contra la intromisión ilegítima a la que se refiere la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de *Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* en sus arts. 1 y 2 viene delimitada por las leyes y los usos sociales, atendiendo además al ámbito que por sus propios actos mantenga cada persona reservado para sí misma o para su propia familia.

Desde el momento en que se presenta la demanda en un Tribunal Eclesiástico⁶²⁵, los jueces que juzgarán la causa conocen los pormenores de una historia contenida en los hechos narrados. El matrimonio es, de por sí, una realidad compleja, que lo forman dos personas con su propia autonomía y carácter y que no está exento de dificultades.

Todo esto es lo que se pone en conocimiento del Tribunal a través no sólo del Libelo, sino también a partir de todas las intervenciones de las partes, bien personalmente, o a través de terceros e incluso documentos, que van a ser archivados

⁶²⁵ La iniciación del procedimiento, a tenor del c. 1501 CIC, procede de la iniciativa libre de una de las partes: “*El juez no puede juzgar causa alguna si el interesado o el promotor de justicia no han formulado una petición a tenor de los cánones*”. Posteriormente, su interés en el proceso hará que apoye el transcurso del mismo con su comparecencia y el ejercicio activo de su defensa.

cuidadosamente en el expediente de la causa. Todo aquello que se diga va a ser objeto de conocimiento al momento de publicar las actas⁶²⁶ concediendo a las partes el acceso a las pruebas practicadas durante la fase instructoria del proceso. Por eso, que un especialista o experto, por ejemplo, en la ciencia de la psicología o psiquiatría, sea llamado a exponer su parecer sobre lo que pueda leer en unos documentos no parece que atente contra la privacidad o intimidad de una de las partes que precisamente optó voluntariamente por rehusar la comparecencia en el juicio o someterse a la prueba pericial directa⁶²⁷.

No obstante, a pesar de estas prevenciones y de cuidar que todo funcione correctamente a la hora de utilizar métodos legítimos, el hecho de que exista un conflicto de intereses entre los cónyuges va a complicar la comprensión de que la pericia en el proceso se torna necesaria y útil por parte del cónyuge que más objeciones ha puesto en el proceso. Pero esto no debe impedir que se ampare el bien privado del otro cónyuge además del bien común y público de la Iglesia y la sociedad autorizando la prueba pericial sobre los autos aunque no se considere como tal en sentido técnico⁶²⁸.

Por tanto, dos son los derechos a destacar y que a primera vista podrían verse comprometidos por la realización de la pericia sobre los autos, a saber: el derecho a la intimidad y el derecho al honor y a la buena fama.

Respecto a la *intimidad*, debemos reconocer que a este concepto convertido en derecho se recurre siempre que existe una aproximación a la esfera personal, aunque no haya verdadera intención de introducirse en ella. Dicho de otro modo, quizá se exagera a la hora de invocar el pretendido respeto a la intimidad porque tampoco se puede determinar, exactamente, dónde comienza la invasión de la privacidad del otro. Y esto

⁶²⁶ c. 1598 § 1 CIC: “Una vez recibidas las pruebas, el juez, mediante decreto debe permitir, bajo pena de nulidad, que las partes y sus abogados examinen en la cancellería del tribunal las actas que aún no conocen; e incluso se puede entregar copia de las actas a los abogados que la pidan; no obstante, en las causas que afectan al bien público, el juez, para evitar peligros gravísimos, puede decretar que algún acto no sea manifestado a nadie, teniendo cuidado de que siempre quede a salvo el derecho de defensa”.

⁶²⁷ Cabe recordar, al respecto, que “un comportamiento externo y públicamente acreditado de las personas puede servir de base a estudio e incluso a diagnóstico aproximado por parte de un profesional de la Psicología o de la Psiquiatría, sin que ello constituya, ni canónica ni, entendemos que tampoco, civilmente merma alguna del derecho a la intimidad, porque el comportamiento externo ya no pertenece a la intimidad estricta de la persona, aunque pueda tener sus raíces en la intimidad, ni a ningún otro derecho de la misma” (Cf. PANIZO ORALLO, S., *La intimidad...* o.c., p. 235).

⁶²⁸ Cf. PANIZO ORALLO, S., *La intimidad...* o.c., p. 175.

es así, y la dificultad es real, puesto que siempre van a concurrir factores que justifiquen, legitimen o excusen lo que en otras circunstancias pudiera considerarse como intromisión injusta e ilegítima.

Debemos señalar que aún siendo el derecho a la intimidad un derecho fundamental, no se puede considerar un derecho absoluto que deba prevalecer por encima del resto. Por eso, en caso de conflicto habrá que atender al que posea mayor entidad y a las limitaciones motivadas por cuestiones de carácter sociológico y jurídico como cuando se producen intromisiones en la intimidad dada la necesidad de practicar pruebas en sede judicial.

Aún así, por parte de nuestra Carta Magna se tutela este derecho en una versión más amplia y completa⁶²⁹ (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁶³⁰) y permite que el ciudadano pueda perseguir, tanto administrativa como judicialmente⁶³¹ cualquier acción que se acometa en perjuicio de la esfera íntima. El Tribunal Constitucional, refiriéndose a estos tres derechos, ha señalado que son completamente autónomos y sustantivos, aunque se encuentran estrechamente vinculados entre sí, pues derivan de la dignidad humana y se orientan a proteger el patrimonio moral de la persona⁶³². En relación a la intimidad, ha destacado que es la esfera más reservada de las personas, preservada de las miradas ajenas porque pertenece a la esfera más privada del sujeto. Y esta intimidad, se ha reconocido no sólo a nivel del sujeto individual sino también en relación al núcleo familiar al que pertenece, estableciendo los límites para valorar la legitimidad de cualquier posible intromisión en la el honor y en la intimidad personal y familiar⁶³³. Y ha añadido que cuando existe una

⁶²⁹ art. 105 b C.E.: “*La ley regulará: (...) b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*”.

⁶³⁰ Cf. art. 18 C.E.

⁶³¹ Para tutelar estos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución se ha establecido precisamente la figura del Recurso de amparo, de manera que no sólo se garantiza al ciudadano la protección de sus derechos, sino que también la propia Constitución garantiza que los preceptos que contiene son, en sí, inviolables.

⁶³² Cf. STC 14/2003, de 28 de enero de 2003 (BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2003). Sobre el Derecho al honor, ver STC 185/1989, de 13 de noviembre (BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 1989); STC 46/2002, de 25 de febrero (BOE núm. 80, de 3 de abril de 2002); sobre el derecho a la propia imagen: STC 139/2001, de 18 de junio (BOE núm. 170, de 17 de julio de 2001), como salvaguarda de intromisiones no deseadas, o la STC 81/2001, de 26 de marzo (BOE núm. 104, de 1 de mayo de 2001) sobre la preservación de la imagen pública.

⁶³³ Cf. STC 197/1991, de 17 de octubre (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1991).

decisión consciente de excluir de la esfera de la intimidad un hecho concreto (se renuncia a una parcela de la intimidad) y se le da publicidad, se está asumiendo que estos puedan ser valorados y, por ende, contrastados por otros.

El derecho a la intimidad, tal y como manifiesta el TC, no es un derecho absoluto, existiendo una serie de criterios y requisitos para que se pueda justificar de forma razonable la injerencia en este derecho, como es la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, que exista una previsión legal específica de la medida limitativa del derecho, que se acuerde mediante resolución judicial motivada y que se observe el principio de proporcionalidad⁶³⁴. La jurisprudencia del TC se posiciona en la línea de limitar el derecho a la intimidad a motivos que tengan un evidente interés público y siempre que conste una autorización judicial que esté motivada⁶³⁵.

Ahora bien, en lo que atañe al proceso canónico de nulidad matrimonial, quizá se ha entendido mal ese recurso al derecho a la intimidad, pues partimos de que la causa en sí concierne al bien público, y, de hecho, las actuaciones son de jurisdicción pública, pertenecen al Tribunal desde el momento en que el asunto pende del Juez ante el que se eleva la cuestión controvertida⁶³⁶ y, a partir de ahí, cesa cualquier pretendido derecho privado sobre ellas. Cabe destacar, por tanto, el carácter público del proceso independientemente de que algunas actuaciones se deban reservar o mantener en secreto

⁶³⁴ A su vez, esta proporcionalidad se concreta en tres requisitos: a) que la medida sea idónea para alcanzar el fin legítimo que se persigue; b) que la medida sea necesaria o incluso imprescindible; c) que sean más los beneficios o ventajas que deriven de su aplicación para el interés general que los perjuicios que pueda causar (Cf. STC 206/2007, de 24 de septiembre de 2007 (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007)).

⁶³⁵ Por ejemplo, en los supuestos de investigación de la paternidad o de la maternidad, podría estar justificado en base a otros derechos que también vienen a protegerse y que son de interés general, como los derechos de los hijos conforme al art. 39 CE. (Cf. STC 7/1994, de 17 de enero (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 1994), sobre la valoración de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de la paternidad decretada; También, la STC 95/1999, de 31 de mayo (BOE núm. 154, de 29 de junio de 1999), sobre la negativa de la madre a someterse a una prueba biológica para averiguar la paternidad extramatrimonial de la menor, alegando lesión del derecho a la intimidad.

⁶³⁶ Como establece el c. 1512 CIC, “una vez que haya sido notificada legítimamente la citación o que las partes hayan comparecido ante el juez para tratar la causa: 1º la cosa deja de estar íntegra; 2º la causa se hace propia del tribunal ante el cual se ha entablado la acción, con tal de que sean competentes; (...) 5º comienza la litispendencia, y, por tanto, se aplica inmediatamente el principio mientras esté pendiente el litigio, nada debe innovarse”.

a juicio del juez por miedo a graves consecuencias que pudieran derivar de su publicidad⁶³⁷.

Por tanto, a la hora de estimar si esta práctica invade la esfera de la privacidad y, por tanto, si sería ilegítimo su uso, debemos constatar varias cuestiones partiendo de las siguientes premisas como ejemplo y estableciendo cierta analogía:

- a) Si se admite un examen de los testigos cuyo testimonio puede ser más o menos cualificado, y estos van a verter datos objetivos y subjetivos sobre ambos cónyuges con una interpretación más o menos sesgada de los hechos⁶³⁸, no pueden existir objeciones serias para impedir que un experto en la personalidad⁶³⁹ y conducta humanas se aproxime a los hechos a través de un soporte documental.
- b) Cuando un testigo acude al Tribunal para responder a unas preguntas sobre hechos que conoce no necesita previamente la autorización de las partes para declarar. Su presencia se comunica con anterioridad a las partes a tenor de lo dispuesto en el c. 1554 del CIC⁶⁴⁰ por si algo tienen que decir al respecto o para permitir que las partes puedan pedir la exclusión de ese testigo⁶⁴¹. En base a esto y con más razón, podríamos señalar que la intervención del perito para examinar las actas y presentar un informe al respecto está exenta de ser puesta en tela de juicio, pues ni representa

⁶³⁷ Se recuerda que también en los procesos matrimoniales civiles, dada la temática tan sensible e íntima de estos procesos, se puede acordar que los actos y la vista tengan lugar a puerta cerrada y las actuaciones sean reservadas, conforme el art. 754 LEC.

⁶³⁸ Hay que tener en cuenta que no todos los testimonios se manifiestan con la misma intensidad emocional y pasional, en virtud del grado de conocimiento que tengan de los hechos y la vinculación personal con los sujetos, sumando aquí el estado en que se encuentren las relaciones personales en ese momento, pudiendo ser neutrales, educadas, de compromiso con una de las partes o encontrarse deterioradas hasta rozar el grado de la apatía. Conviene que el juez examine particularmente el grado de afecto entre cada uno de los cónyuges con los testigos presentados por cada una de las partes, pues es una forma intuir cómo incide el estado anímico en la formulación de una opinión, un juicio o simplemente, a la hora de describir o relatar unos hechos.

⁶³⁹ El término personalidad, desde el punto de vista de la psicología, se utiliza para inciar la unidad del “yo”, compuesto de varios factores orgánicos, psíquicos, ambientales y modelos adquiridos (Cf. AMATI, A., *L'incidenza dell'immaturità psico-affettiva sul consenso matrimoniale nella dotrina e giurisprudenza canonica (can. 1095)*, Roma, 1992, p. 51.

⁶⁴⁰ c. 1554 CIC: “*Antes de interrogar a los testigos, deben notificarse sus nombres a las partes; pero si, según la prudente apreciación del juez, no pudiera hacerse esto sin grave dificultad, efectúese al menos antes de la publicación de los testimonios*”.

⁶⁴¹ c. 1555 CIC: “*Quedando a salvo lo que prescribe el c. 1550, la parte puede pedir que se excluya a un testigo, si antes de su interrogatorio se prueba que hay causa justa para la exclusión*”.

a las partes ni su encomienda procede de ninguna de ellas, sino directamente del Juez que es quien lo nombra a tal efecto.

Es obvio que no se puede obligar a un sujeto ni a comparecer en el juicio ni a participar en el desarrollo de una prueba que además puede resultarle desagradable por la temática delicada sobre la que versa. En ocasiones, el rechazo de la parte demandada no se debe a una actitud motivada por la mala fe para boicotear el desarrollo del proceso ni por temor a que sean descubiertas verdades que está tratando de ocultar –aunque bien es cierto que concurren muchos de estos presupuestos en la casuística de los Tribunales Eclesiásticos-, sino que más bien se debe a la vergüenza y al reparo que siente la persona al tener que poner su intimidad al desnudo y sentirse evaluado por un profesional que examina las conductas y los procesos mentales de los individuos, evitando que éste llegue a la conclusión de que padece algún tipo de trastorno de tipo psicológico⁶⁴².

Sobre todo, cuando los cónyuges se encuentran tramitando la nulidad de su matrimonio, y paralelamente tienen abierto un proceso en la jurisdicción civil para el que no existe acuerdo mutuo o las posiciones están más bien enfrentadas, el rechazo a la prueba pericial psicológica se debe a la desconfianza que tienen respecto al otro cónyuge, sospechando que pudiera utilizar el material de la prueba pericial canónica para presentarlo como indicio o incluso como prueba para apoyar sus intereses o pretensiones. Sin embargo, esto se puede solventar si se informa convenientemente a la parte demandada de que esos dictámenes no pueden ser utilizados para ningún otro procedimiento que no sea el de nulidad⁶⁴³, sobre todo cuando son los propios

⁶⁴² Sería interesante comprobar cómo en el listado de enfermedades que puede padecer el ser humano, aquellas relacionadas con la mente son las más traumáticas y las que se procuran esconder porque se cree que sufrirlas es sinónimo de “locura” o “pérdida de la razón”. La ignorancia en estos temas y la propagación de falsas ideas e interpretaciones de lo que supone una enfermedad con una base eminentemente fisiológica que bien se puede tratar con fármacos es lo que ha provocado que los trastornos mentales se conviertan en una especie de estigma que es necesario ocultar o en un tema tabú que no se deba mencionar.

⁶⁴³ La controvertida y problemática prueba pericial, aún debiéndose adentrar en el terreno de la esfera personal e íntima del sujeto, puede atenuar las desconfianzas surgidas en contra de su realización si se presenta a la parte que plantea sus prejuicios como un método estrictamente probatorio y ordenado a tomar una decisión, incluso, cuando es el juez el que la pide, procurando que se entienda como prueba de oficio en causa que atañe al bien público sin que medie una intención concreta de sacar a la luz datos o circunstancias para los que pueda mostrar, precisamente, esa vergüenza o pudor. Esta es, pues, una forma de descargar de responsabilidad a la otra parte frente al cónyuge molesto u ofendido de manera que termine siendo beneficioso para los dos.

profesionales psicólogos o psiquiatras los que dejan constancia por escrito, al comienzo o al final de su informe, de cuál es la autoridad que lo ha solicitado y de los límites de su uso, formulándolo, a modo de ejemplo, en los siguientes términos: *“El perito informante considera oportuno añadir que este informe ha sido realizado a petición del Tribunal Eclesiástico con motivo de un proceso de nulidad matrimonial, no pudiendo ser utilizado fuera de contexto ni para otro fin ajeno al que ha sido realizado, y no debe mostrarse a personas evaluadas o a otros familiares”*.

Lo que a veces no se les ocurre a los jueces, o siéndoles propuesto lo rechazan por no encontrarle mucho sentido, es que se pueden obtener muchos datos de la parte demandada no sólo a través de las declaraciones de la otra parte y los testigos propuestos, sino también realizando una prueba pericial sobre el otro cónyuge pues ha estado unido por una experiencia de carácter íntimo y constante a la parte demandada, pudiendo arrojar una luz original e inédita sobre el carácter de su pareja. Esta idea ha sido refrendada por algún autor, que, refiriéndose expresamente al matrimonio celebrado en forma canónica, advierte que *“al ser el matrimonio (...) el “intermundo” de la dualidad, de la interrelación, difícilmente puede ser descubierto en el diagnóstico de uno o de ambos aisladamente”*⁶⁴⁴. A fin de cuentas, las vivencias que hayan tenido lugar en la convivencia matrimonial, al ser compartida, son patrimonio del recuerdo y de la experiencia de ambos⁶⁴⁵, y por tanto, cada parte implicada tiene libertad absoluta para gestionar esa información siempre y cuando no lesione la reputación del otro cónyuge o le provoque daños a su integridad psíquica y moral.

Cuando se propone la prueba pericial (de oficio o a instancia de parte), ya se cuente con la presencia del sujeto periciando o se recurra a la pericia sobre las actas del proceso, en todo momento debe tenerse presente que la investigación procesal no puede constituir una agresión ilegítima del derecho a la buena fama. A este respecto, cabe recordar que los peritos han de ser muy cuidadosos a la hora de verter sus conclusiones en el dictamen pericial y también los jueces han de proceder con prudencia y cautela a

⁶⁴⁴ SERRANO RUIZ, J.M., “La pericia psicológica realizada solamente sobre los autos de la causa: legitimación, elaboración y valoración canónica”, en: AA.VV., *Curso de Derecho Matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro X*, Salamanca, 1992, p. 545.

⁶⁴⁵ En una sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, se hacía alusión a la intimidad familiar como aquella que respondía a *“determinados aspectos de la vida con otras personas, con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 C.E. protegen”*.

la hora de reflejar algunos extractos en la sentencia. Para ello, el c. 220 CIC garantiza precisamente que la fama esté al amparo de cualquier ataque o provocación que pudiera sembrar daño, incluyendo también el derecho a la intimidad: *“A nadie le es lícito lesionar ilegítimamente la buena fama de que alguien goza ni violar el derecho de cada persona a proteger su propia intimidad”*.

Cabe cuestionarse, por tanto, si el estudio y la valoración psicológica y psiquiátrica que se realiza sobre la personalidad de uno de los cónyuges que se encuentra ausente, en paradero desconocido o simplemente se niega a someterse a ese estudio vendría a lesionar ese derecho a la intimidad o a suponer una intromisión en su vida personal e íntima. Partiendo de la forma en la que se desarrolla la pericia, es cierto que esta práctica se acerca a la intimidad pero no llega a invadirla, pues se basa en estudiar y comprobar cómo es el comportamiento externo de un sujeto una vez que se ha proyectado desde su ser interno adoptando forma propia desde una actitud, conducta o comportamiento concreto. No obstante, los límites al derecho a la intimidad los marca el propio sujeto una vez que él decide o simplemente consiente en aquello que quiere mostrar de sí, más aceptable o inaceptable, de forma más consciente o inconsciente, pero en todo caso, no ha sido algo que fuera secreto y que se hubiera descubierto a raíz de esta intervención pericial.

Por tanto, a partir de aquellas actitudes que pueden mostrar rasgos más que evidentes⁶⁴⁶, se podrá decretar la práctica de la prueba pericial para que el perito lleve a cabo un estudio y valoración para deducir la realidad interna del sujeto, incluso pueda asomarse al diagnóstico de posibles alteraciones o anomalías psíquicas.

⁶⁴⁶ Esta evidencia puede tener orígenes diversos, así como estar dotada de un valor y un conocimiento diferente según los medios de los que se sirva el Perito. Por tanto, estos datos pueden responder a distintas circunstancias: las razones esgrimidas por el demandado para no participar en el proceso, mostrando una total apatía; lo relatado por la parte demandante y los testigos sobre la conducta y actitudes del cónyuge ausente, así como sus datos biográficos y familiares, creencias religiosas e ideologías políticas, adaptación en sociedad y reacción ante los conflictos o problemas; comparativa de la conducta del ausente con la de otros en la misma situación de ausencia; cálculo del tiempo entre la separación y el inicio del proceso a efectos de valorar si la ausencia se debe a un largo periodo intermedio; resultados de la pericia realizada sobre el otro cónyuge interviniente; posibles informes y certificados médicos, prescripción de tratamiento e internamiento en centros de rehabilitación; sentencias judiciales procedentes de la jurisdicción civil o penal; cartas y cualquier material obtenido lícitamente que pudiera pertenecer a uno o ambos cónyuges; formación y experiencia profesional del perito sobre la problemática en el ámbito de las crisis familiares para explicar la conducta y personalidad del sujeto ausente (Cf. HERNANDO CALVO, P., “La prueba pericial psicológica realizada solamente sobre los autos de la causa”, en: AA.VV., *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro (XIII)*, Salamanca, 1997, pp. 297-298).

Ahora bien, estimamos que la forma de controlar y evitar que el sujeto sobre el que se realiza la pericia sobre los autos proteste contra el Tribunal o contra el otro cónyuge es actuando con cierta cautela y moderación, enunciando una serie de propuestas:

1. Una vez constatada la ausencia del periciando, se debe ponderar la necesidad de recurrir a la pericia y verificar que no existen otros medios posibles que reemplacen esta intervención, utilizándolo de manera subsidiaria.
2. A la hora de fijar las cuestiones sobre las que el perito debe pronunciarse, el juez debe advertir cuáles son los límites que el perito no debe sobrepasar para no excederse en sus valoraciones y provocar un conflicto innecesario.
3. El perito, a la hora de aceptar el encargo y de elaborar el estudio, debe servirse de unos medios legítimos y observar una metodología que sea acorde con la finalidad que se persigue, evitando invasiones en la esfera personal y valoraciones que no atañen al proceso.
4. Una vez entregado el dictamen sobre los autos, es necesario que no sólo el Perito, sino también el resto de intervinientes en el proceso actúen con prudencia⁶⁴⁷, de manera que se observe un riguroso secreto que no desvele el contenido del dictamen más allá que lo que fuera necesario para la defensa de los intereses de los cónyuges en el proceso.
5. Cuando el perito identifique los síntomas que se muestran a través del comportamiento del cónyuge periciando y califique el tipo de desorden o anomalía detectada, debe motivar suficientemente sus conclusiones dejando fuera de toda duda que se trate de juicios irreflexivos y temerarios.

Concluido este punto, siendo así podemos aseverar que no consta que se pueda hablar de lesión del derecho a la intimidad de la parte no compareciente.

d) Problemas deontológicos que plantea la pericia sobre los autos para el perito

Hasta ahora hemos hablado de la ausencia del periciando que es lo que obliga a recurrir a la pericia sobre las actas del proceso. Pero debemos preguntarnos qué ocurre

⁶⁴⁷ Cf. art. 235 §2 DC.

si el perito rehúsa realizar la pericia sobre las actas⁶⁴⁸, fundando su negativa en la imposibilidad de pronunciarse sobre la personalidad de un sujeto al que no puede examinar presencialmente o porque tema que su proceder –aún ordenado por el Tribunal Eclesiástico– sea denunciado por el sujeto sobre el que elabora el peritaje.

La ausencia del demandado, si bien no incide directamente en la formulación del veredicto de los jueces, en la práctica sí es tenido en cuenta y valorado de forma negativa. Quiere esto decir que la no colaboración, sobre todo si esta ha sido anunciada previamente en la contestación a la demanda y dicho posicionamiento en contra del proceso o del demandante ha venido acompañada de gestos elocuentes⁶⁴⁹, puede ser un indicio de asumir el total o parte de la culpa o de evitar aparecer por todo aquello que pudiera decirse sobre su persona⁶⁵⁰. Pero ciertamente, en otras ocasiones estos indicios pueden suponer meras y subjetivas apreciaciones que no tienen porqué inculpar al sujeto. Al respecto, el art. 752 LEC se hace eco de la prudencia y refuerza la necesaria imparcialidad del juez al advertir que *“la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de*

⁶⁴⁸ En el caso de los profesionales psicólogos, se contempla en el art. 65 del correspondiente Código Deontológico que *“Cuando un Psicólogo se vea en el conflicto de normas adversas, incompatibles, ya legales, ya de este Código Deontológico, que entran en colisión para un caso concreto, resolverá en conciencia, informando a las distintas partes interesadas y a la Comisión Deontológica Colegial”*.

⁶⁴⁹ Estos gestos bien podrían consistir en amenazas con no firmar la nulidad si no se retracta, negativa a presentar testigos y a declarar, advertencias con dilatar el curso del proceso, etc. No obstante, estas consideraciones son totalmente subjetivas y no repercuten realmente con efectos negativos hacia la otra parte porque el proceso, en sí, tiene sus propios mecanismos para impedir que la mala fe de una de las partes pueda ocasionar perjuicios a la otra que sólo trata de ver restablecido su interés o derecho.

⁶⁵⁰ Algo similar ocurre, por ejemplo, con lo dispuesto en el art. 767 LEC sobre la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad. En estos casos, esta negativa permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y no se haya podido obtener la prueba de ésta por otros medios. Obviamente, no estamos hablando de una especie de *ficta confessio* por la que se den por ciertas y válidas todas las circunstancias objeto de la demanda, pero nada obsta para que el juez pueda valorarlo como un elemento indiciario. El propio TS estableció que aunque la negativa a someterse a la prueba biológica no supone reconocer unos hechos, *“la negativa merece ser seriamente ponderada en el conjunto de los elementos fácticos y probatorios del caso para atribuirle el significado correspondiente”* (STS de 3 de diciembre de 1991 (ROJ STS 6795/1991)).

fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos". Ciertamente, no existe ninguna norma en el Código de Derecho Canónico ni en la Instrucción *Dignitas Connubii* que evite hacer juicios previos y tomar partido por la versión sostenida por una sola de las partes.

Del mismo modo que los jueces tienden a valorar e interpretar de alguna manera las actitudes procesales dichas, con la pericia sobre las actas de la causa se invita al perito a que tenga en cuenta las motivaciones eventuales que justifican no querer someterse al examen psicológico y por tanto, las consecuencias que se derivan de su ausencia en el procedimiento para procurar que la resolución sea lo más acertada y justa posible, de modo que tener que realizar la pericia en estas condiciones no le obligue a renunciar del encargo. No obstante, bien es cierto que el Perito debe manifestar que, a pesar de tener que optar por este modelo de pericia, la mayor garantía de unos resultados fiables procede del examen directo del periciando, pues es la manera de dotar de credibilidad a las fuentes de las que proceden los datos y dejar constancia de que se lamenta no poder acudir directamente a ellas.

En caso de tener que realizar la pericia psicológica o psiquiátrica sobre las actas de la causa, algunas voces de la doctrina han planteado la dificultad que podría presentar para las personas que intervienen en el proceso: para el experto, para el juez y también, para la otra parte y los testigos⁶⁵¹. El perito o experto podría encontrar, en primer lugar, problemas de carácter deontológico cuando, por ejemplo, los principios de la ética profesional le vetaran pronunciarse sobre cualquier posible anomalía del sujeto o deficiencia de la personalidad sin obtener previamente su consentimiento, para amparar así el derecho a proteger y defender su propia intimidad⁶⁵². De hecho, la intimidad viene protegida especialmente en muchos países, y por lo general, la mayor parte de los Colegios profesionales han intentado adecuar su normativa o estatutos a los preceptos constitucionales. Concretamente, el Código Deontológico de los profesionales de la Psicología, válido para su observación en el Estado Español, ya en su art. 6º reconoce que "*La profesión de Psicólogo/a se rige por principios comunes a toda*

⁶⁵¹ PARASCANDOLO, M., *La perizia sugli...* o.c., p. 48.

⁶⁵² Como dice el autor de la cita referenciada a continuación: "en ocasiones esa misma dificultad surge cuando se trata de recabar información de un centro sanitario. Por supuesto que ella sería utilísima cuando hubiera que conformarse con una pericia sobre las actuaciones. Si las normas por las que se rige tal centro prohibieran la obtención de tales datos sin autorización previa del interesado y esta no se diera, nos encontraríamos ante una prueba "imposible" o un indicio "improbable" (SERRANO RUIZ, J.M., *La pericia psicológica...* o.c., p. 544).

deontología profesional: respeto a la persona, protección de los derechos humanos, sentido de responsabilidad, honestidad, sinceridad para con los clientes, prudencia en la aplicación de instrumentos y técnicas, competencia profesional, solidez de la fundamentación objetiva y científica de sus intervenciones profesionales”⁶⁵³.

En lo que respecta a la actividad del Perito Psicólogo (el profesional más común a cuyos servicios acuden los Tribunales Eclesiásticos), está pautada cuidadosamente y estructurada reglamentariamente, de manera que los límites éticos que se le imponen desde el Órgano profesional oficial al que pertenece han de observarse en el ejercicio libre de su profesión, en la atención tanto privada como pública, y también cuando fuera llamado a colaborar con cualquier persona física o jurídica (en un contexto legal o por requerimiento de instancias legales). Concretamente, en relación con la obtención y uso de la información, cuando el encargo proceda directamente del cliente que solicita su intervención se recuerda que *“En el ejercicio de su profesión, el/la Psicólogo/a mostrará un respeto escrupuloso del derecho de su cliente a la propia intimidad. Únicamente recabará la información estrictamente necesaria para el desempeño de las tareas para las que ha sido requerido, y siempre con la autorización del cliente”* (art. 39 CD), y junto a esta exigencia, *“Toda la información que el/la Psicólogo/a recoge en el ejercicio de su profesión, sea en manifestaciones verbales expresas de sus clientes, sea en datos psicotécnicos o en otras observaciones profesionales practicadas, está sujeta a un deber y a un derecho de secreto profesional, del que, sólo podría ser eximido por el consentimiento expreso del cliente”* (art. 40 CD).

De aquí se podría deducir que, claramente, en España está prohibida una peritación sobre las actas procesales sin el consentimiento del periciando, aunque se podría remover este obstáculo con algunas soluciones prácticas que defiende algún

⁶⁵³ En estrecha relación con este punto, se consideran como artículos complementarios del Código Deontológico que recalcan la vinculación personal y bidireccional de la relación profesional y la observancia estricta del respeto a las personas, los siguientes: *“Artículo 24º El/la Psicólogo/a debe rechazar llevar a cabo la prestación de sus servicios cuando haya certeza de que puedan ser mal utilizados o utilizados en contra de los legítimos intereses de las personas, los grupos, las instituciones y las comunidades. Artículo 25º Al hacerse cargo de una intervención sobre personas, grupos, instituciones o comunidades, el/la Psicólogo/a ofrecerá la información adecuada sobre las características esenciales de la relación establecida, los problemas que está abordando, los objetivos que se propone y el método utilizado. En caso de menores de edad o legalmente incapacitados, se hará saber a sus padres o tutores. En cualquier caso, se evitará la manipulación de las personas y se tenderá hacia el logro de su desarrollo y autonomía”*.

autor, como Arroba Conde⁶⁵⁴ y también, a la luz de la declaración del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica, siendo esta última clarificadora a la hora de diferenciar la pericia como examen directo sobre el individuo de un simple voto o parecer en relación a los autos por todo aquello que pudiera aportar a la causa. Además, con ello se pretende dejar claro que *“la pericia sobre los autos sirve para aquella pericia que sólo a partir de los autos o fundada en ellos pueda cumplir su fin de comprobar un hecho... pero no es el caso de la pericia que tenga por objeto dictaminar acerca de la salud mental de un sujeto. El perito no podrá emitir un dictamen basado en las reglas de su técnica o ciencia sólo por aquello que otros puedan decir sobre la persona objeto de la pericia. No deberá hacerlo, por razones de ética profesional”*⁶⁵⁵. Pero que no lo haga –emitir un diagnóstico sobre el sujeto ausente, por ejemplo– no significa que la pericia pierda importancia ni afectaría a su consideración como verdadera prueba pericial en cuanto al valor que posee y la información aportada, en ocasiones de gran entidad. Entendemos que la actuación del perito se encuentra insertada dentro de los objetivos que vienen predeterminados por la norma jurídica y asimismo, por las razones que justifican su intervención, de manera que la aportación del perito es prácticamente instrumental al servicio del tribunal lo que no debería chocar con los presupuestos éticos de su profesión.

Al respecto, resulta interesante la Sentencia del Tribunal de la Rota de la Nunciatura en España, de 16 de diciembre de 2002, en la que se abordan las alegaciones efectuadas por la esposa demandada sobre posible violación de la intimidad por parte del técnico nombrado oficialmente para estudiar su personalidad, por haber realizado una pericia sobre los autos, siendo animada a denunciar a la Perito a instancia del

⁶⁵⁴ En el año 2001, la presidenta del Colegio Oficial de Psicólogos de Aragón se dirigió a los colegiados de su zona y dio respuesta a algunas consultas que se habían elevado a la Junta Rectora del Colegio, y una de ellas se refería a la forma de salvar el inconveniente de hacer una peritación sobre los autos sin el consentimiento del sujeto a quien estaban evaluando. La respuesta expresaba que en lo supuestos de tener que realizar un informe sobre una persona a quien “jamás hemos entrevistado”, se podrían evitar las quejas “*si en la redacción del informe se hace exacta referencia a la fuente informante*”. Por tanto, de esto se deduce que no habría problema alguno si se hace relación de las fuentes y se especifican los documentos y las declaraciones que se toman como referencia (Cf. ARROBA CONDE, M.J., “Valoración de los informes periciales realizados solamente sobre los Autos en la Causa”, en: AA.VV., *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, XVI, Salamanca, 2004, p. 114).

⁶⁵⁵ GUTIÉRREZ MARTÍN, L., *La incapacidad para contraer matrimonio*, Salamanca, 1983, p. 157.

Presidente del Colegio Oficial de Psicólogos de su localidad⁶⁵⁶. En el fundamento jurídico 3º se advierte que *“Las pericias realizadas sin la presencia física y directa de la persona periciada no contienen radicales impedimentos para la elaboración de un perfil de personalidad acertado e incluso para efectuar un correcto diagnóstico”,* y más adelante, sostiene que *“(…) se hace ahora mismo –quizá siempre si la tarea del perito se ciñe a esas referidas expresiones de la llamada “intimidación exteriorizada” por conducta y comportamiento del periciando– perfectamente legítima e inocua desde ángulos éticos, deontológicos y jurídicos, sencillamente porque no está en vigor ningún derecho propiamente dicho a la intimidación y cuando el perito no vaya más allá de las bases de juicio que esos datos externos le permiten: bajo estas coordenadas, nos parece inadmisibles recortar el ejercicio –que sería ilegítimo y antiético– de otros derechos en perfecto vigor, como el dicho “ius defensionis”.*

En base a este criterio, queda claro que no procede estimar ampliamente cualquier pretendida denuncia eclesiástica (aún con repercusión ante la jurisdicción civil) por haber recurrido a la pericia sobre los autos, máxime cuando el comportamiento procesal del sujeto manifiesta una ausencia que sea cómplice de una actitud malévola y malintencionada.

No obstante, ante estas situaciones en las que se desprende mala fe con tendencias no sólo a obstruir el proceso sino a aprovechar para intimidar y perjudicar a la otra parte, una de las propuestas a modo de solución es que en virtud de la facultad que concede el c. 1598 CIC, el juez puede no dar a conocer el voto del perito y mantenerlo bajo secreto. En principio, si la parte demandada es declarada ausente sólo se le comunica la sentencia. Por tanto, esta solución no tendría mucho sentido, sino sólo en caso de que el periciando rechazara la pericia tanto directa como indirectamente. ¿Hasta qué punto podríamos entender que esta actuación compromete el derecho de defensa? Aquí se formula una táctica bastante acertada, a nuestro juicio, que supondría que el juez convoque nuevamente a la parte, poniéndola en condición de confirmar o

⁶⁵⁶ Esta actitud fue calificada por el Tribunal de la Rota en esta misma sentencia como un *“comportamiento (con actitudes tan grotescas e indebidas como, por ejemplo, su conducta de vaivén para con la primera perito o la gratuita a nuestro juicio denuncia de la misma o sus asimétricos y hasta imposibles –procesalmente hablando– planteamientos procesales)”* pues *“no estaba buscando otra cosa que –cuando menos– una sistemática obstrucción de la recta administración de la justicia”* y que *“el comportamiento procesal de la misma ha ido mostrando continuamente indicadores claros de tendenciosidad procesal, de manipulación y de fabulación”* (PANIZO ORALLO, S., *La intimidación...* o.c., p. 281).

contradecir los aspectos más relevantes de la relación pericial, sin darle a conocer su existencia. La comparecencia reiterada para aclarar aspectos que hayan quedado ambiguos está contemplada y refuerza así el interés del juez por salvaguardar en todo momento el derecho de defensa de la parte quizá “más débil”. Y como recuerda Arroba Conde, *“en realidad, si el juez busca el parecer del perito es porque los “adiunctis” no son suficientes para obtener la certeza moral. No se debe olvidar que, en este caso, el voto del perito tiene carácter meramente explicativo, limitándose así a ofrecer una explicación técnica de la naturaleza de los hechos ya presentados en los actos; por lo que la reconvocación de la parte no siempre será necesaria”*⁶⁵⁷. Por tanto, se trataría finalmente de encajar las explicaciones del perito –solicitadas para comprender sus conclusiones en términos asequibles e inteligibles y salvar así la complejidad técnica– que ni siquiera requiere una confrontación ni la intervención de las partes para que manifiesten si están o no de acuerdo.

Volviendo al supuesto de que la parte demandada permanezca ausente en el proceso y por ende, sea imposible practicar la pericia con el examen directo o incluso participando se niegue a someterse a ella, Arroba Conde manifiesta que se omita en la sentencia la explicación técnica contenida en el dictamen pericial, aumentando el número de precedentes jurisprudenciales en la valoración de casos análogos, pues sería un mal menor y no comprometería el derecho de defensa. La falta de motivación hace nula la sentencia (nulidad sanable conforme al c. 1622, 2º CIC) pero no las motivaciones imperfectas o incompletas que no producen este efecto. Señala incluso que sólo mostrando el razonamiento jurídico sin indicaciones técnicas desde el punto de vista psíquico podría incentivar la impugnación y la colaboración de la parte con el perito en grado de apelación y así quedaría completamente salvado el derecho de defensa⁶⁵⁸. Realmente, no terminamos de concordar con esta supuesta solución, entre otras cosas porque si la parte se niega a colaborar para la realización de la pericia, se le podría advertir previamente de que en su defecto se llevaría a cabo la pericia sobre los autos, de manera que no hiciera falta ocultar nada que no hubiera sido previamente advertido. En segundo lugar, aún no pudiéndose practicar la pericia por la ausencia de la parte en el proceso, ocultar la explicación técnica de la pericia, máxime si esa

⁶⁵⁷ ARROBA CONDE, M.J., *Prova e difesa nel processo canonico di nullità del matrimonio. Temi controversi*, Lugano, 2008, p. 41.

⁶⁵⁸ Cf. ARROBA CONDE, M.J., “Características generales y valoración... o.c., p. 404.

explicación fundamenta la decisión adoptada en la sentencia, podría ir en contra del deber de motivación de las resoluciones conforme establecen los cc. 1610 y 1611 CIC.

Lo que resulta más lógico y normal es la práctica de la pericia con el examen directo del sujeto porque así lo haya ordenado el juez⁶⁵⁹ (nombrando a tal efecto un perito) de oficio o a petición de las partes, pues de este modo, no habrá problemas para garantizar que en caso de realizarse dicho reconocimiento, existirá la seguridad de que el sujeto afectado lo encuentra conforme y otorga su aprobación para que se lleve a cabo. Aunque también es verdad que cuando se deba hacer sobre los autos porque no quede más remedio –aún con las limitaciones propias de este particular modo de examen y valoración–, será esta una oportunidad para permitir que precisamente esos autos hablen por sí solos y se evite que la persona pueda engañar al profesional.

En todo caso, si llegara el caso de que el juez no dispusiera de peritos que estén dispuestos a realizar la pericia o que estén verdaderamente capacitados para hacerla, el juez podría prescindir de la pericia⁶⁶⁰, con lo que se agotarían las posibilidades de debate sobre las cuestiones anteriormente dichas.

2.2.5. La peculiaridad de la imposición de veto en los procesos matrimoniales canónicos

El punto de partida para abordar el veto y su levantamiento en orden a contraer nuevas nupcias se encuentra en el c. 1058 CIC, que reconoce que *“pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe”*. Desde el Derecho civil quizá no se entiendan muy bien las razones que llevan a actuar con esta precaución, pues la imposición del veto no deja de ser un instrumento para intentar

⁶⁵⁹ Artículo 42° CD: *“Cuando dicha evaluación o intervención ha sido solicitada por otra persona - jueces, profesionales de la enseñanza, padres, empleadores, o cualquier otro solicitante diferente del sujeto evaluado-, éste último o sus padres o tutores tendrán derecho a ser informados del hecho de la evaluación o intervención y del destinatario del Informe Psicológico consiguiente. El sujeto de un Informe Psicológico tiene derecho a conocer el contenido del mismo, siempre que de ello no se derive un grave perjuicio para el sujeto o para el/la Psicólogo/a, y aunque la solicitud de su realización haya sido hecha por otras personas. Artículo 43°: Los informes psicológicos realizados a petición de instituciones u organizaciones en general, aparte de lo indicado en el artículo anterior, estarán sometidos al mismo deber y derecho general de confidencialidad antes establecido, quedando tanto el/la Psicólogo/a como la correspondiente instancia solicitante obligados a no darles difusión fuera del estricto marco para el que fueron recabados”*.

⁶⁶⁰ Cf. *Communicationes*, XI, n. 2 (1979) p. 264.

evitar, en la medida de lo posible, que pueda celebrarse un nuevo matrimonio que adolezca del mismo defecto que el anterior y por tanto, sea susceptible de nulidad.

Aunque el c. 1682 § CIC, –según la redacción de la reforma reciente⁶⁶¹–, admite que cuando la sentencia que ha declarado la nulidad del matrimonio deviene en ejecutiva, y las partes pueden contraer nuevas nupcias, cabe la excepción de impedir, temporal o perpetuamente, que un sujeto pueda contraer nuevamente matrimonio. Es el supuesto en el que exista un impedimento natural (por ejemplo, impedimento de impotencia), una incapacidad grave o incluso una disposición de voluntad totalmente negativa en relación a las propiedades esenciales del matrimonio. Por eso, en el mismo c. 1682 CIC se añade: “*a no ser que esto se prohíba por un veto incluido en la sentencia o establecido por el Ordinario del lugar*”.

Con algo más de detalle se pronuncia la Instrucción *Dignitas Connubii* en su artículo 251 § 1 y 2, identificando los supuestos en los que cabría el planteamiento del veto y diferenciando, por un lado, si se trata de una impotencia e incapacidad, en cuyo caso “*debe añadirse a la sentencia un veto que prohíba contraer nuevo matrimonio*”. Por tanto, de algún modo, al referirse a lo que resulta de lo actuado y probado en el proceso, está haciendo depender la imposición del veto de la fuerza probatoria de los medios utilizados, de manera que en ocasiones la prueba pericial se erigirá en referente primordial para imponer dicha prohibición.

Pero no sólo se contempla que para los casos de impotencia e incapacidad se pueda imponer el veto, sino que la DC va más allá en el parágrafo 2 del art. 251, en cierta consonancia con el art. 203. 2 DC –que avala la utilización de la pericia en el resto de las causas cuando el juez así lo considere⁶⁶²– y admite que si “*una parte fue causante de la nulidad por dolo o simulación, el tribunal está obligado a considerar si, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, debe añadirse a la sentencia un*

⁶⁶¹ A pesar de que la reforma del Libro VII del CIC, Parte III, Título I, Capítulo I sobre las causas para la declaración de nulidad del matrimonio (cc. 1671-1691) no entra en vigor hasta el día 8 de diciembre de 2015, creemos conveniente remitirnos a ella, dado que cambia sustancialmente el planteamiento de las cuestiones que vamos a tratar, fundamentalmente en lo que a la supresión de la Segunda Instancia se refiere.

⁶⁶² Cabe mencionar la sentencia c. Bottone de 5 de diciembre de 2003, sobre la exclusión del *bonum prolis*, imponiendo veto al cónyuge que simuló (Cf. SRRD 95, 753-757) y también la c. Stankiewicz, de 27 de noviembre de 2003 (Cf. SRRD 95, 692-708) sobre la exclusión del *bonum sacramenti* y del *bonum prolis* (Cf. PEÑA GARCÍA, C., *Matrimonio y causas de nulidad en el derecho de la Iglesia*, Madrid, 2014, nota al pie n. 43).

veto que prohíba contraer nuevo matrimonio sin consultar al Ordinario del lugar en que haya de celebrarse”⁶⁶³. Por tanto, la alusión a las diversas posibilidades al margen de los casos obligatorios que presenta la norma canónica comporta el reconocimiento de que la prueba pericial desempeña un papel significativo a la hora de apoyar el convencimiento de que sea conveniente contemplar la imposición del veto.

Este veto viene impuesto por la redacción de una fórmula final de la parte dispositiva de la sentencia, donde se advierte que “*consta en el caso de la nulidad de matrimonio y se prohíbe al varón o a la mujer o a los dos el acceso a nuevas nupcias sin consultar antes con el Ordinario o con este Tribunal, debiendo practicar la anotación de la prohibición en los libros parroquiales correspondientes*”⁶⁶⁴.

El ordenamiento canónico es bastante tajante en este aspecto y, a pesar de que reconoce que el *ius connubii* es un derecho fundamental del ser humano y, por tanto, todo hombre y mujer tienen derecho a integrarse en el proyecto conyugal, no considera que sea un derecho ilimitado y absoluto⁶⁶⁵. Cabe preguntarse, pues, cómo un derecho humano fundamental que, en principio, atañe a la intimidad e individualidad de dos personas puede limitarse en su ejercicio. La razón no es otra que la naturaleza pública y la relevancia social del matrimonio.

Sobre el origen de la prohibición de celebrar matrimonio o los preceptos normativos que la ordenan, sólo repararemos en la imposición del veto en la vía judicial

⁶⁶³ Ante el debate de quién es el sujeto activo para levantar el veto, este artículo 251 DC es clarificador, pues según se trate de un capítulo u otro, se trata de acudir al que dicte la norma. Ahora bien, puede haber casos en los que en un caso de simulación se practicó la prueba pericial para comprobar el sustrato psíquico de las ideas concebidas por el sujeto y las manifestaciones de su propia voluntad, en cuyo caso estimamos que sería procedente remitir el levantamiento del veto al Tribunal Eclesiástico que conoció del asunto para que exista cierta concordancia y continuidad en los medios utilizados para probar la desaparición de la causa de nulidad.

⁶⁶⁴ De la misma manera que se pide que el Párroco haga constar con diligencia todos los sacramentos recibidos por los fieles de la parroquia o los acontecimientos relacionados con estos en los correspondientes libros de Bautismo, Confirmación, Matrimonio y Defunción, la incorporación como nota marginal de la imposición del veto supone una alerta a la hora de expedir una partida de bautismo para preparar el Expediente Matrimonial si se quiere contraer nuevamente matrimonio. Partiendo de que el sistema de anotaciones parroquiales sigue siendo manuscrito, se apela a la responsabilidad del Párroco para hacer constar y conservar debidamente los datos, cumpliendo fielmente su cometido y asegurando el cumplimiento de la decisión judicial.

⁶⁶⁵ Cf. PANIZO ORALLO, S., “Imposición y levantamiento del *vetitum* matrimonial”, en: *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, XII, Salamanca, 1996, p. 288.

para mantener la correspondencia con el ámbito compartido del estudio comparado para los procesos matrimoniales o de familia.

Las razones que conducen a esta prohibición provienen fundamentalmente de lo actuado y probado en el proceso de primera Instancia, pero también en segunda Instancia si se recondujo por los trámites del proceso contencioso ordinario en fase de apelación y se practicaron nuevas pruebas. Sin duda, todas las pruebas pueden influir y tener peso a la hora de dictaminar que consta la nulidad del matrimonio, pero concretamente, para mostrar la gravedad de una incapacidad o la existencia de un impedimento natural como la impotencia *coeundi*⁶⁶⁶, la prueba pericial es el referente primordial. Quiere esto decir que el veto viene amparado, de algún modo, por una constatación científica procedente del ámbito de la medicina, la psicología o la psiquiatría y además sostenida y justificada por un experto. Y aunque éste no puede pronunciarse sobre la oportunidad de imponer el veto –como tampoco se le permite que se pronuncie sobre la nulidad del matrimonio–, sí puede hacer una estimación de las consecuencias derivadas del hallazgo analizado, contribuyendo con su ciencia a prevenir un nuevo fracaso matrimonial.

El veto, como tal, no tiene fuerza invalidante, de manera que de celebrar un nuevo matrimonio sin observar la prescripción del levantamiento de la prohibición sería ilícito pero nunca inválido. Por tanto, aquí entraría la cuestión sobre si entonces la imposición debe obedecer a una cuestión de conveniencia, necesidad o de estricta obligación.

Para responder a esta cuestión es importante reseñar que es la propia institución matrimonial y su dignidad la que reivindica esta actuación preventiva y por ende, aquellas causales que incidan con gravedad en el matrimonio y que procedan de una alteración de la personalidad, de un caso de amencia, de simulación⁶⁶⁷ o de impotencia

⁶⁶⁶ Esta impotencia no puede confundirse con la llamada *impotencia generandi* o lo que sería la esterilidad. Aunque tanto la *impotencia coeundi* como la *generandi* impiden la procreación, sin embargo, la impotencia *generandi* permite la realización de la cópula conyugal y por tanto no invalida el matrimonio (Cf. AZNAR GIL, F.R., *Derecho Matrimonial Canónico, Vol. I: Cánones 1055-1094*, Salamanca, 2001, p. 333).

⁶⁶⁷ Puede haber casos de simulación en el que la misma provenga de una mentalidad fuertemente arraigada en la persona, fundiéndose con ella como una especie de segunda naturaleza. Fundamentalmente, se pretende evitar el escándalo cuando un sujeto hace alarde de su inclinación a la infidelidad, se muestra contrario a la indisolubilidad en público y en privado y proclama abiertamente su defensa del divorcio.

orgánica y funcional hacen necesaria y casi obligatoria la imposición del veto. Ahora bien, todo dependerá de si ese veto es absoluto, inhabilitando a la persona de forma perpetua para el matrimonio o relativo⁶⁶⁸, cuando la causa puede ser enmendable con el tiempo. El veto absoluto, por tanto, procedería para el impedimento de impotencia orgánica, consanguinidad o cuando se de una amencia en sentido estricto. Y el veto relativo puede preverse cuando se trate de una impotencia de componente psíquico o alguna de las incapacidades del c. 1095, 3 CIC⁶⁶⁹. Aquí se incluirían, por ejemplo, los casos de simulación dado que por muy arraigadas que estén las ideas contrarias a las propiedades esenciales del matrimonio, se ha de confiar en la capacidad del ser humano para cambiar.

a) La influencia de la prueba pericial en la imposición del veto

Si para demostrar la existencia de algunos de estos capítulos que ocasionan la nulidad la realización de la pericia devenía obligatoria y de la misma se extrae la conclusión de la concurrencia del capítulo en cuestión, cabe establecer una conexión clara entre la pericia y el veto. Ciertamente, el que en la Instrucción *Dignitas Connubii* haya estipulado cuándo proceder a la imposición del veto parece restar valor a la idea de que la pericia realizada ofrezca un peso relevante para considerar su imposición necesaria u obligatoria. Ahora bien, ahondando en la propia disposición de la normativa codicial y de la DC, que prevé la pericia obligatoria en supuestos determinados y en aquellos donde su realización fuera necesaria, para la imposición del veto ante estos capítulos qué duda cabe que la prueba pericial ha tenido una incidencia considerable.

Creemos, no obstante, que la certeza moral alcanzada en la sentencia para declarar la nulidad del matrimonio se ha de prolongar necesariamente en la consideración por parte del tribunal, con un casi idéntico grado de certeza, de que al momento de dictar la sentencia conste la existencia de la causa que produjo la nulidad

⁶⁶⁸ En el supuesto de la impotencia, por ejemplo, la distinción entre impotencia absoluta y relativa es significativo, dado que en el primero de los casos la persona no podría realizar la cópula con ninguna persona, mientras si es una impotencia relativa, sería imposible con ciertas personas pero no con todas, lo que sin duda tendría consecuencias sobre la imposición del veto y la posibilidad o no de levantarlo (Cf. AZNAR GIL, F.R., “El matrimonio canónico”, en: PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE SALAMANCA, *Derecho Canónico II. El Derecho en la misión de la Iglesia*, Madrid, 2006, p. 136).

⁶⁶⁹ En la c. Sable, de 20 de noviembre de 2003, se impuso veto al varón dado el comportamiento detectado y demostrado en base a un pronunciado egocentrismo, adicción a la pornografía, parafilias, etc. (Cf. *SRRD* 95, 692-708).

del matrimonio. Ciertamente, esta apreciación muchas veces puede ser heredada de las conclusiones del dictamen pericial (sobre todo si el margen de tiempo entre el matrimonio y la realización de la pericia en el transcurso del proceso judicial ha sido muy corto) pero en otras puede ser una conclusión más discrecional del juez sin que haya una recomendación implícita y derivada de los resultados del peritaje, sobre todo porque pudo no haberse siquiera realizado si no era obligatorio o no constaba su evidente inutilidad. Esto ocurrió, en parte, en la sentencia c. Verginelli, de 26 de noviembre de 2010 del Tribunal de la Rota Romana⁶⁷⁰ que sentenció afirmativamente por incapacidad de asumir las obligaciones esenciales por parte del esposo en base a su homosexualidad irreversible. No habiéndose practicado pericia en primera instancia (que denegó la nulidad), en tercera Instancia, el perito del Tribunal de la Rota realizó la pericia sobre los autos y se entrevistó por teléfono con el esposo, siendo evidente que su homosexualidad le hacía incapaz de entregarse a sí mismo y aceptar al otro, oponiéndose a la esencia y propiedades del matrimonio. Aún así, curiosamente, en este supuesto no se impuso un veto. Y es que esta ausencia de veto en causas en los que es no sólo obligatorio sino aconsejable puede deberse a un simple descuido u olvido del Tribunal o porque con cierta ingenuidad consideran que el sujeto no va a considerar la posibilidad de contraer matrimonio canónico en el futuro, algo que debe cuidarse y que requiere una particular atención para cumplir con todos los aspectos exigidos por el Derecho⁶⁷¹.

En base a lo expuesto, no resultaría una extralimitación por parte del perito pronunciarse sobre la vigencia de la alteración psíquica que afectó a uno o ambos cónyuges al momento de contraer, para así facilitar al Tribunal la decisión sobre la imposición del veto. Ciertamente, nada se dice sobre ello en la Instrucción DC, sino que se expresa en términos que se retrotraen al momento mismo de la celebración del matrimonio. Pero encontramos, por ejemplo, una sentencia c. Erlebach, de 28 de

⁶⁷⁰ Cf. la sentencia 159/2010 Verginelli, publicada en *Estudios Eclesiásticos*, 87 (2012) pp. 839-855, a la que le sigue un comentario de la prof^a Carmen Peña. (Cf. PEÑA GARCÍA, C., “Antecedencia y gravedad de la “causa de naturaleza psíquica” del canon 1095, 3º en supuestos de homosexualidad. Consideraciones en torno a la sentencia rotal *coram Verginelli* de 26 de noviembre de 2010”, en *Estudios Eclesiásticos*, 87 (2012), pp. 857-866.

⁶⁷¹ De igual manera se ha insistido en la importancia de que los párrocos practiquen los asientos de las notas marginales de los libros parroquiales de Bautismo y Matrimonio con diligencia y sin demora, de manera que se garantice su efectiva inscripción y evitar así posibles escándalos de no advertirse que existe una prohibición para contraer matrimonio, máxime cuando el motivo es conocido por la comunidad y se presume insalvable.

noviembre de 2003⁶⁷², que aunque se pronunció a favor de la nulidad por grave defecto de discreción de juicio en ambos cónyuges, sólo impuso el veto al esposo actor a partir de las conclusiones periciales que aseguraban que la inmadurez en el esposo existía al momento de realizar la exploración.

Creemos que siempre con la debida prudencia y apoyándose en los hechos y en el refrendo de los razonamientos científicos, el Juez podría requerir al perito que advirtiera al Tribunal de la actualidad de esa anomalía y si considera que la misma desapareció, si quedó atenuada, se mantuvo o incluso se tornó más grave. Incidimos en la idea de que no supone una invasión en la facultad del juez, pues el perito no impondría el veto pero sí ofrecería al Tribunal información suficiente para cuando éste debiera decidir sobre la cuestión de acordar o no su imposición.

b) La pericia y el levantamiento del veto

No es objeto de nuestro estudio profundizar en las clases de veto ni presentar la naturaleza jurídica del mismo (si es un acto administrativo o judicial) pero sí reflexionar sobre los criterios que se exigen para su levantamiento y las diligencias necesarias para ello a nivel procedimental⁶⁷³, debiendo existir una correspondencia entre los motivos que aconsejaron la imposición del veto y la posibilidad de levantarlo.

⁶⁷² *SRRD* 95 (2012) 709-717.

⁶⁷³ Cabe precisar que actualmente se echa en falta unas pautas legales sobre el trámite del levantamiento del veto, pues la seriedad que reviste esta circunstancia y también la gravedad al suponer una limitación del derecho a contraer matrimonio requiere una actuación uniforme por parte de los Tribunales Eclesiásticos, aclarando cuestiones sobre si se debe solicitar por escrito o basta la forma oral recogiendo en acta, si es el tribunal de primera instancia o el de segunda el que debe imponerlo, cómo se realiza la comprobación de que la causa que motivó la imposición del veto ha desaparecido o qué medios se han de utilizar para esta comprobación, entre otros. Esto ocasiona, sin duda, errores en la interpretación y también da lugar a prácticas diversas, de manera que no siempre se exige lo mismo para esta verificación e incluso, se sabe que en algunos casos en los que el sujeto padecía una patología grave se conmutó el paso de los años con la necesidad de requerir una nueva pericia, como si el transcurso de los años fuera sinónimo de curación sólo con signos externos que dan a entender que ya todo se muestra normal. En otros supuestos, por la urgencia del caso ni siquiera el Ordinario lo traslada al Tribunal aún cuando así se expresa en la norma. Ciertamente, obviar este paso no implica la invalidez del nuevo matrimonio ni constituye un impedimento para contraer matrimonio, pero ciertamente da lugar a un proceder totalmente arbitrario que ni siquiera es controlado por una instancia superior. Hasta ahora, con el trámite de la revisión de la causa en segunda instancia para obtener la doble sentencia conforme, existía el dilema de que, impuesto por el Tribunal de Primera Instancia pero no confirmado por el de Segunda Instancia, si se había de entender confirmado tácitamente por el de segunda. Al respecto, contábamos con interpretaciones a nuestro juicio bastante acertadas que afirman que no se podía plantear si se puede o no acceder a nuevas nupcias hasta que no se haya declarado la nulidad, y esto no ocurría solo con la sentencia

Cuando se pide formalmente el levantamiento del veto por la persona a quien se lo impusieron, se tienen que alegar las razones que mueven esta petición, siendo la primera de ellas la intención del sujeto interesado en contraer nuevas nupcias y en segundo lugar, la alegación de que la causa que produjo la nulidad en el anterior matrimonio ya desapareció⁶⁷⁴. Ahora bien, la afirmación de que esa causa desapareció no implica tener la certeza de que eso sea así, debiendo ser el Tribunal Eclesiástico que tramitó la causa en 1ª Instancia o el Ordinario del lugar quienes juzguen esta cuestión. Este enjuiciamiento requerirá, por tanto, y para algunos supuestos concretos, que se verifique esa superación contando con el parecer de un experto que examine personalmente al sujeto.

Para los supuestos de impotencia de componente fisiológico, plantear el levantamiento del veto tras una declaración de nulidad que reconoce la perpetuidad de la impotencia no deja de abrir una brecha en la fiabilidad y firmeza de la sentencia que lo impuso, pues si se constató que la impotencia era incurable y perpetua y ahora se alega que se ha superado, se estaría contradiciendo las razones esgrimidas en la sentencia y, por tanto, también la prueba pericial médica practicada podría ponerse en tela de juicio, pues debió informar sobre la procedencia (física o psíquica) así como el carácter temporal o perpetuo del padecimiento de la impotencia. En todo caso, se trata de contrastar los datos con una nueva peritación que confirme las conclusiones a las que se llegó en primera instancia o que detecte el posible error en el estudio realizado con anterioridad, aunque también puede ocurrir –y así deberá reconocerlo el perito como cierto– que un avance médico y científico haya procurado la curación⁶⁷⁵.

afirmativa de primera instancia, de manera que el tribunal que dictaba sentencia firme (aunque confirmara la nulidad mediante decreto) es quien debía imponer el veto. Así pues, el Tribunal de primera instancia podía sugerir su imposición pero no se le reconocería facultad para imponerlo. Actualmente, esta cuestión no deja lugar a dudas con la reforma operada en relación a la supresión de la segunda instancia obligatoria en fase de revisión para obtener la doble sentencia conforme (Cf. MORÁN BUSTOS, C.M. Y PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de Matrimonio...* o.c., p. 457, nota 624).

⁶⁷⁴ No existe objeción alguna, al menos aparente, para que el sujeto acuda al Tribunal Eclesiástico, bien por motivos de conciencia o para restablecer su fama, o porque esa prohibición haya sido alegada por el otro cónyuge ante la jurisdicción civil para hacer valer su pretensión en relación al régimen de visitas de los hijos en común, para solicitar el levantamiento del veto aunque no tenga intención expresa de contraer nuevas nupcias.

⁶⁷⁵ Para admitir los medios que puedan posibilitar la curación de la impotencia se alude a que estos han de ser honestos y ordinarios, sin que entrañe peligro para la vida o grave quebrando para la salud.

Esto mismo podría plantearse en caso de enfermedades o trastornos mentales declarados al amparo del c. 1095, 3º, y que por su naturaleza y consistencia impiden tajantemente que el sujeto que lo padece pueda contraer nuevamente matrimonio. Tal es el caso de una esquizofrenia, psicosis, demencia, que objetivamente no podrían modificar el resultado de la sentencia que declaró la nulidad del matrimonio y bastaría un reconocimiento psiquiátrico para confirmarlo. Pero sería extraño que, por ejemplo, se planteara en casos de simulación cuando es una cuestión que depende de la voluntad del sujeto y que perfectamente podría haber superado, de manera que no contravendría lo expuesto en la sentencia que impuso el veto.

Así pues, planteada la solicitud de remoción del veto es necesario presentar pruebas que acrediten la extinción de la causa que motivó la prohibición. Y estas pruebas podrán consistir –según cuál es la materia en cuestión–, no sólo en la declaración del propio sujeto sino en el testimonio de personas que den testimonio del cambio operado (mentalidad y actitudes para casos de exclusión) y a partir también de la realización de una pericia médica, psicológica o psiquiátrica.

Esto refleja un dato curioso, y es que un sujeto que no se personó en el proceso de Primera Instancia y que ahora aparece para solicitar el levantamiento del veto, no va a poder negarse a someterse a la pericia directa que en su día no fue posible realizar si es la condición para examinar que no se encuentra incapacitado o inhabilitado para el matrimonio. Por tanto, el instituto jurídico de la pericia va a ejercer, en parte, de guardián de esas condiciones que necesariamente deben constar para impedir la celebración de un nuevo matrimonio o autorizarlo y su presencia en actuaciones propiamente judiciales o en trámites de índole administrativa va a ser una constante en el proceder de la Iglesia.

No queda claro y tampoco existe una normativa al respecto de que sea el mismo perito que examinó al sujeto directamente o en la modalidad de pericia sobre los autos o que se escoja uno diferente. La intervención de un nuevo experto puede significar un aporte de conocimiento nuevo que sirva para contrastar, a su vez, los resultados de la pericia o las pericias realizadas anteriormente. Ahora bien, si se trata de valorar si el sujeto presenta o no en la actualidad la misma circunstancia incapacitante o inhabilitante para contraer matrimonio que en el pasado, creemos más oportuno y sensato recurrir al parecer del mismo perito que intervino durante el proceso o en el caso de que fueran más de uno, con aquel cuyas conclusiones fundaron el

pronunciamiento del juez. Sin duda alguna, el propio perito que actuó en el proceso judicial puede analizar la evolución que ha tenido lugar en el sujeto y si los resultados actuales distan o superan suficientemente los precedentes.

Por último, tampoco se dice nada en relación a un posible recurso en caso de que se deniegue el levantamiento del veto. Esto provoca cierta inseguridad jurídica en el interesado al no existir una vía definida para quejarse ante el rechazo del levantamiento del veto⁶⁷⁶. Pero para el tema que nos ocupa, de la prueba pericial, no se sabe qué ocurriría en caso de que la denegación del levantamiento del veto venga apoyada por las conclusiones del mismo perito que valoró al sujeto en el proceso de nulidad matrimonial, ¿esto daría lugar a plantear en fase de recurso la revisión de ese dictamen solicitando un contrainforme por parte de otro experto? Sería interesante fijar hasta qué punto la pericia puede ser el elemento en discordia y el obstáculo para el levantamiento del veto. Por nuestra parte defendemos que si en el proceso de nulidad tuvo peso y sus resultados fueron invocados en la sentencia como muestra más que probable de que se dieron las causales responsables de la invalidez del consentimiento, de igual manera se le tiene que conceder un valor concluyente.

⁶⁷⁶ Partiendo de que el procedimiento de levantamiento del veto responde a una naturaleza más administrativa que judicial, en materia de recursos y siguiendo lo prescrito en los cánones 1732 a 1739, cabría el planteamiento del recurso de reposición contra el acto administrativo singular del Ordinario y de no ser modificada, cabría plantear el recurso jerárquico, en este caso, ante la Congregación para el Culto Divino y la Disciplina de los Sacramentos. Incluso, agotada esta vía se podría plantear finalmente recurso contencioso-administrativo ante la Sección II de la Signatura Apostólica⁶⁷⁶.

Capítulo VI

DINÁMICA PROCEDIMENTAL DE LA PRUEBA PERICIAL EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

1. Introducción

La prueba pericial en general, si bien es un recurso de gran importancia y utilidad en la mayoría de los casos, presenta como contrapartida que es una de las pruebas que requiere mayor dedicación de tiempo por todos los pasos que son necesarios para su práctica, lo que en ocasiones influye en la ralentización del proceso. La dinámica procedimental, más o menos similar en ambos ordenamientos, integra una serie de pasos que no se pueden soslayar: el nombramiento del perito con un plazo para su recusación; presentación y aprobación de las cuestiones o interrogatorio pericial; provisión de fondos para los gastos del perito; aceptación del encargo y juramento del perito; intimación a los interesados por parte del Tribunal; si hubiera pericias médicas el examen clínico personal o en el caso de la pericia psicológica una o varias sesiones de valoración; el estudio de los autos; la ratificación del perito con posibilidad de que las partes le soliciten las oportunas aclaraciones.

Tanto a nivel civil como eclesiástico, muchas veces los justiciables sienten como si el proceso matrimonial o de familia en cuestión no avanzara, en parte debido a que la entrada de un experto en el proceso —máxime cuando su designación es judicial y escapa al control de las partes—, supone que su trabajo lleva cierto tiempo al tener que ceñirse al protocolo establecido⁶⁷⁷. Entre otras cosas, hay que tener en cuenta que personas muy entendidas en su materia serán también requeridas en otros ámbitos —de la investigación y el ejercicio profesional, entre otros— y, por tanto, su dedicación se encontrará un tanto limitada y comprometida. Por esta razón es tan importante contar con un sistema de designación que permita la intervención de diferentes peritos en el

⁶⁷⁷ Cf. BUENO SALINAS, S., “Algunos problemas y soluciones en torno al proceso canónico de nulidad de matrimonio”, en: *Ius Canonicum*, XXXIX, n. 78 (1999) p. 526.

proceso de manera que no se cargue de trabajo sólo a uno⁶⁷⁸. Esta es una problemática compartida en los procesos matrimoniales canónicos y civiles, pues en los primeros se recurre a la experiencia de tan sólo un profesional y en la jurisdicción civil, los Equipos Psicosociales no alcanzan a despachar todos los dictámenes en tiempo y forma no sólo por la escasez de personal, sino por el excesivo número de asuntos a ellos encomendado.

El desarrollo del proceso y la mayor o menor celeridad en la práctica de las pruebas, concretamente de la prueba pericial, depende de muchos factores. Ahora bien, consideramos que de la correcta notificación y citación a las partes junto a la eficacia y transparencia que se exige para las notificaciones y comunicaciones –especialmente aquellas dirigidas a la otra parte para salvaguardar su derecho de defensa ante la pretensión del actor– ha de observarse de principio a fin a lo largo de todo el desarrollo del proceso.

En definitiva, la prueba pericial responde a la gestión de un correcto sistema de comunicaciones y citaciones dirigido a informar a las partes privadas en el proceso y a posibilitarles su intervención, proponiendo aquellas pruebas o argumentos que consideren esenciales para reivindicar con fundamento y en el juicio una respuesta oportuna a sus pretensiones.

2. Tiempo y forma de proposición de la prueba pericial

La prueba pericial se compone de varios elementos que ostentan un protagonismo individualizado según el momento de su proposición, presentación o realización. Así pues, el momento de la proposición es clave para introducir la prueba pericial en el proceso e iniciar el iter procedimental.

2.1. La proposición de la prueba pericial en los procesos matrimoniales civiles

El art. 753 LEC y el art. 770 LEC indican que los procesos matrimoniales en vía contenciosa se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, de manera que para el mismo nos remitiremos a los artículos 437 a 447 LEC⁶⁷⁹, salvo los que sean solicitados

⁶⁷⁸ Esto ocurre a menudo en los Tribunales Eclesiásticos, donde el criterio de la confianza pesa sobre la búsqueda de un elenco variado de profesionales peritos en diversas materias, de modo que un solo perito es quien se encarga de examinar todas las causas que requieran de un peritaje.

⁶⁷⁹ Una de las singularidades más representativas de este tipo de procedimientos, por la que se dice que son una figura intermedia entre el juicio ordinario y el juicio verbal la encontramos en

de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, en cuyo caso se guiarán por lo establecido en el art. 777 LEC. La peculiaridad de estos procesos reside en la posibilidad de contestar a la demanda por escrito y en practicar la prueba con posterioridad a la vista si no fue posible practicarla (art. 770, 4ª LEC).

La práctica de la prueba pericial está precedida de su proposición, que puede orientarse en una doble dirección: proposición para elaborar un dictamen (siendo por ello necesario la designación y nombramiento de un perito) o para pedir la intervención en el juicio del perito que ha elaborado los dictámenes. Paralelamente, al hablar de la proposición de la prueba pericial, podemos indicar una doble modalidad en función de los sujetos que llevan a cabo esa propuesta: proposición de oficio –teniendo en cuenta los supuestos en los que la ley aconseja su práctica⁶⁸⁰– o a instancia de parte.

La proposición de la prueba pericial en los procesos matrimoniales, en función de su origen, puede provenir del Ministerio Fiscal, de las partes en litigio o incluso del propio juez y si nos fijamos con detenimiento, encontramos que el modo o forma y tiempo de proposición de la prueba pericial varía dependiendo quién sea el sujeto que la requiera.

Si la petición procede del Ministerio Fiscal, en principio debería observar los mismos trámites que se mencionan en el art. 339 LEC y que son aplicables a las partes. Ahora bien, ciertamente en la práctica el Fiscal viene a solicitar la intervención del perito cuando ya se han practicado todas las pruebas y en su informe deja entrever que existen aún dudas sobre la atribución de la guarda y custodia, las visitas, la patria potestad y otras cuestiones sobre las que pueda recaer el examen pericial, pero esa solicitud la hace a través de las facultades del juez, para que él de oficio sea quien designe al perito.

Cuando son las partes quienes se encargan de solicitar la intervención del perito, lo harán conforme establece el art. 335 LEC y siguientes, bien a través de la aportación de dictámenes elaborados por peritos designados por ellos (art. 336 LEC), anunciando

el trámite de contestación a la demanda, permitiéndose en el plazo de veinte días que el Ministerio fiscal y la parte demandada contesten por escrito según lo establecido en el art. 405 de la LEC. Además, también en la vista del juicio verbal, para este tipo de procesos y en la comparecencia que señala el art. 771 LEC, sobre medidas provisionales, las partes podrán formular oralmente sus conclusiones una vez se practiquen las pruebas a tenor de lo establecido en el art. 753.2 LEC.

⁶⁸⁰ Este es el caso del art. 92.9 CC.

su presentación (art. 337 LEC) o solicitando que se designen peritos por el tribunal (art. 339 LEC).

Por último, cuando son los jueces los que solicitan la colaboración del perito de oficio o por sugerencia del Ministerio Fiscal lo hacen, por lo general, a través de los equipos técnicos adscritos a los Juzgados de Familia –allí donde los haya– apoyándose en el precepto contenido en el art. 92. 9 CC, por lo que raramente solicitan que sea uno externo.

En relación al momento más oportuno para proponer las pruebas, dependerá asimismo de los diferentes estadios que puede atravesar el procedimiento matrimonial, comenzando por las medidas provisionales, la interposición de la demanda y el periodo estrictamente probatorio⁶⁸¹.

En el primero de los casos, en el marco del procedimiento incidental de medidas provisionales, se puede solicitar una evaluación psicológica que puede plantear ventajas, por un lado, pero también inconvenientes. Al producirse en un momento anterior al proceso de separación o divorcio y dadas las características de esta fase previa y ciertamente muy corta, la intervención psicológica se debate en una carrera un tanto “a contrarreloj” para presentar unas conclusiones que sirvan para acordar unas medidas temporales, en tanto se resuelve el asunto principal. Lo positivo de esta etapa inicial y al mismo tiempo transitoria radica en que todavía la crisis se puede encontrar en una fase naciente (incluso latente) que aún no ha estallado con consecuencias que por el momento resultan menos negativas para los miembros de la unidad familiar, lo que supone atajar el conflicto con más facilidad para derivarlo a la mediación. Además,

⁶⁸¹ Hay que aclarar que para los procesos matrimoniales no cabe la posibilidad de diligencias finales previstas en el procedimiento ordinario y según algún autor, se reduce su sentido, dado que el juez tiene amplia potestad para intervenir de oficio y acordar las pruebas que considere oportunas así como se permite que se puedan presentar y practicar las pruebas que con anterioridad no hubieran podido practicarse en un plazo de treinta días (Cf. CASTILLEJO MANZANARES, R., *Guardia y Custodia de hijos menores: las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*, Madrid, 2007, p. 187). Por el contrario, otro autor sostiene que una vez practicadas las pruebas en el acto de la vista o en los treinta días siguientes, una vez que transcurre este plazo el juez entra en la fase de decisión y no pueden practicarse más pruebas, de manera que muchas diligencias de prueba quedarán fuera de plazo y el juez no podrá tenerlas en cuenta (Cf. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J., “Los medios de prueba... o.c., p. 75). Tampoco la jurisprudencia se ha pronunciado de forma unitaria, sino que ha manifestado contradicción al respecto, aunque parece que se ha ido constatando la tendencia a permitir la práctica de las diligencias finales en el juicio verbal en general y en especial, en el proceso de familia (Cf. MORENO VELASCO, V., “Las diligencias finales en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio”, en: *Diario la Ley*, nº 7526, de 6 de octubre de 2009).

podría servir para detectar alguna patología clínica que pueda afectar a algún miembro de la unidad familiar y que sirva para informar sobre las medidas que se puedan adoptar provisionalmente. Sin embargo, la rapidez con la que se hace ese examen psicológico, dado el plazo limitado que otorga el Tribunal (diez días, conforme el art. 771.3 LEC⁶⁸²) impide que se pueda profundizar en la situación real del grupo familiar, pudiendo realizar una exploración superficial con resultados poco concluyentes.

Siguiendo la línea de actuación de los juzgados en este tipo de procedimientos, recurriendo al equipo psicosocial, en ocasiones acuerdan en la parte dispositiva que para reforzar el régimen de visitas acordado o si éste hubiera quedado suspendido, los profesionales que integran este equipo se pronuncien sobre si se dan las condiciones necesarias para cumplirlo sin trauma del menor⁶⁸³. Esto resulta un tanto absurdo y carece de sentido plantearlo *a posteriori*, aunque se puede aprovechar este trámite e incorporarlo posteriormente en el proceso principal en la forma de dictamen.

En el momento inicial del procedimiento, entre los documentos que se han de presentar con la demanda y en la contestación, destacan los dictámenes periciales en los que las partes funden sus pretensiones o, si no disponen de ellos, deben anunciar que los aportarán más adelante (art. 336 y 337 LEC).

En relación a las pruebas que se acuerdan durante el periodo estrictamente probatorio, son normalmente introducidas a instancia de parte pero también procedentes de la intervención del juez. En este caso, se debe diferenciar claramente el mecanismo reservado a la práctica de la prueba pericial psicológica, regulada por los arts. 335 y siguientes de la LEC de lo que supone el dictamen de especialistas, dado que éste no puede acogerse a las mismas previsiones legales al no estar reconocido como tal.

Finalmente, puede ocurrir también que el juez solicite que intervenga un perito psicólogo en fase de modificación de medidas al haberse producido una modificación

⁶⁸² art. 771. 3 LEC: “*En el acto de comparecencia (...), si no hubiere acuerdo de los cónyuges sobre las medidas a adoptar o si dicho acuerdo, oído, en su caso, el Ministerio Fiscal, no fuera aprobado en todo o en parte por el Tribunal, se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el Tribunal acuerde de oficio. Si alguna prueba no pudiera practicarse en la comparecencia, el Secretario judicial señalará fecha para su práctica, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes*”.

⁶⁸³ Cf. ORTUÑO MUÑOZ, P., “Valoración Judicial de la intervención psicológica en los procedimientos de familia”, en: MARRERO, J.L (Coord), *Psicología jurídica de la Familia*. Madrid, 1998, p. 301.

de las circunstancias⁶⁸⁴, y por tanto, se seguirá el mismo procedimiento previsto para las demandas de separación, divorcio o nulidad, según los trámites del juicio verbal y con sujeción en los arts. 748 a 755 LEC y a los criterios 1º al 6º comprendidos en el art. 770 LEC. En el supuesto de la modificación de medidas, en la práctica se trata casi de un proceso nuevo⁶⁸⁵, de manera que la solicitud de la pericial tiene lugar para abarcar prácticamente los mismos extremos que en la situación anterior como una auténtica evaluación pericial. Por último, una vez se han propuesto las pruebas conforme establece el art. 284 LEC, el juez debe pronunciarse sobre su admisión.

2.2. La proposición de la prueba pericial en los procesos matrimoniales canónicos

Dentro del ámbito canónico, la proposición de la prueba pericial puede provenir del juez, ordenándola de oficio o por prescripción legal y también a instancia de las partes, que puede revestir dos formas: solicitando al tribunal que designe un perito o que designe a uno concreto que hubieran propuesto⁶⁸⁶, o también, que acepte los dictámenes elaborados por peritos privados⁶⁸⁷. En relación a esta última posibilidad, cabe señalar

⁶⁸⁴ En la modificación de medidas a veces se solicita que intervenga el gabinete psicosocial al comienzo para examinar el hecho sin esperar a que se resuelva el litigio por los problemas que puede conllevar para uno de los progenitores. Tal es el caso, hoy tan frecuente, de que uno de los progenitores ha celebrado nuevo matrimonio y teniendo él la custodia del menor, éste no acepta a la nueva pareja de su padre o madre y opta por estar con el otro progenitor y la familia de éste.

⁶⁸⁵ En ocasiones los procesos que se resolvieron sin litigiosidad presentan, al cabo de los años, enfrentamientos constantes cuando uno de los progenitores insta a cambiar el régimen de custodia, o uno de los hijos se niega a estar con uno de los dos progenitores.

⁶⁸⁶ Esta posibilidad supone que las partes participan del nombramiento del perito, expresado en la disposición del c. 1575 CIC *“corresponde al juez nombrar a los peritos después de oír a las partes o a propuesta de ellas”*. Ahora bien, el art. 204 DC silencia toda referencia a la participación de las partes en el nombramiento, lo que hace pensar que se está vetando esta posibilidad. Esta ausencia nos parece bastante acertada teniendo en cuenta que la proposición de un perito puede basarse en una preferencia por la relación de confianza con él, bien a través de quien asume la defensa técnica, la representación o directamente con alguna de las partes. Por eso, aunque existiendo esta opción en el CIC, creemos que sería conveniente que los Tribunales Eclesiásticos se acogieran a lo dispuesto en la Instrucción *Dignitas Connubii* y se planteara la reforma del c. 1575 CIC para unificarlo con la redacción del art. 204 DC.

⁶⁸⁷ A pesar de que se permita que el juez asuma dictámenes elaborados por peritos privados, esto no significa que se conviertan en pericias oficiales, pues esos dictámenes no proceden de una evaluación pericial conforme establece el ordenamiento canónico, de manera que el juez deberá actuar con cautela a la hora de admitir estos dictámenes, observando de manera estricta lo que se indica para la prueba pericial oficial en los supuestos enunciados en el c. 1680 CIC y art. 203 DC.

que actualmente nada impide que el juez pueda designar como peritos oficiales a aquellos que previamente hubieran reconocido a los cónyuges, debiendo el juez decidir sobre si esa designación resulta oportuna⁶⁸⁸.

El c. 1504, 3º CIC establece que con el escrito de demanda se debe adelantar, “*al menos de modo general, en qué hechos y pruebas se apoya para demostrar lo que afirma*”. Y más adelante, en el c. 1516 se considera que, terminada la fase introductoria tras la litiscontestación, “*el juez fijará a las partes un tiempo conveniente, para que puedan proponer y realizar las pruebas*”. Incluso, aunque nada dice el CIC, tanto la parte actora en la demanda como la parte demandada en la contestación al Libelo deberían aportar los documentos que ya obraran en su poder.

Ciertamente, la práctica habitual en los Tribunales Eclesiásticos es que los escritos de demanda no anuncien las pruebas en las que van a apoyar sus pretensiones, sino que se adjunten únicamente documentos como el certificado literal de matrimonio, copia del expediente matrimonial⁶⁸⁹, certificado de nacimiento de los hijos si los hubiere y/o libro de familia y también la sentencia de separación o divorcio. Se presume que se procederá a practicar las pruebas consistentes en la declaración de las partes y de los testigos que de por sí vienen obligadas por la norma canónica⁶⁹⁰. Pero ciertamente, sería casi obligado que la parte actora indicara además si quiere solicitar prueba pericial para que también la parte demandada pueda conocer con antelación esas pruebas y poder diseñar mejor su defensa para articular la contestación a la demanda e incluso, demanda

⁶⁸⁸ Cabe señalar que en la legislación anterior de 1917, se recogía expresamente la prohibición de que se pudiera contar, como peritos oficiales, con aquellos que hubieran examinado previamente a las partes. Habiendo desaparecido esta referencia en la legislación actual, se comprende que esta prohibición ya no existe y que se puede contar con esta posibilidad en casos puntuales. En todo caso, siempre será más conveniente y más sencillo contar con la colaboración de este perito presentándolo como testigo, para que declare en aquello que no quede protegido por el secreto profesional o que estando bajo secreto, haya sido dispensado por la partes.

⁶⁸⁹ Con la información sobre la recepción del sacramento del bautismo por parte de ambos contrayentes, resulta más sencillo que se pueda notificar a las parroquias respectivas la declaración de nulidad del matrimonio, en caso de que fuera afirmativa, para su oportuna anotación en las notas marginales.

⁶⁹⁰ c. 1530 CIC: “*Para mejor descubrir la verdad, el juez puede interrogar a las partes, en cualquier momento, e incluso debe hacerlo a instancia de parte o para probar un hecho que interesa públicamente dejar fuera de toda duda*”; c. 1547 CIC: “*En todas las causas, se admite la prueba testifical bajo la dirección del juez*”, siendo, además de la prueba más habitual y universal, en muchos casos prácticamente la única con la que se puede contar; c. 1679 CIC: “*(...) el juez ha de requerir, si es posible, testigos que declaren acerca de la credibilidad de las partes*”.

reconvencional. Se observa que por parte de abogados que también litigan en la jurisdicción civil, sí se hace referencia, al menos, en los escritos de demanda y contestación a la demanda, a las pruebas que se van a presentar. En todo caso, no hay preclusión y se mantiene intacta la oportunidad de presentarlos de nuevo una vez iniciada la fase de instrucción.

Con todo esto y dentro de la flexibilidad mencionada, podemos concluir que el momento más habitual para proponer las pruebas y en parte el más idóneo es en la instrucción, una vez que se ha fijado el objeto del proceso y se han definido las posturas de las partes tras la litiscontestación⁶⁹¹. En ese tiempo conveniente fijado por el juez conforme indica el c. 1516 CIC, las partes podrán proponer las pruebas de las que pretendan servirse y, una vez que el juez las haya admitido, dirigirá su realización según la disponibilidad del Tribunal y en base al orden en que han de conocerse las causas conforme pauta el c. 1458 CIC⁶⁹². Cuando las partes se acompañan de Letrado para defender sus intereses en el proceso de nulidad matrimonial, en el pliego de posiciones que entregan suelen consignar el total de pruebas que se presentan y entre ellas, solicitar la designación de perito judicial, la admisión del perito privado o anunciar la inclusión de los dictámenes elaborados por peritos privados.

Por la situación del apartado relativo a los peritos dentro del Título IV dedicado a las pruebas en general, deducimos que en aquellos casos en los que la realización de la pericia venga impuesta por ley, se ha de proponer con posterioridad a la declaración de las partes y de los testigos (vid. capítulo I y III del Título IV de la Parte II del Libro VII), antes de que sean publicadas las actuaciones conforme al c. 1598 § 2 CIC⁶⁹³.

Cabe señalar, además, que en el orden canónico no se cuestiona la proposición de la prueba pericial una vez finalizado el periodo probatorio en sentido estricto si ello fuera necesario. Una vez publicada la causa y decretada su conclusión si las partes no tienen nada más que aducir (cf. c. 1599 § 1 y 2 CIC), sólo en los casos previstos en el

⁶⁹¹ El c. 1529 CIC ordena este proceder y sólo admite que por causa grave, el juez pueda recoger pruebas antes de la litiscontestación.

⁶⁹² c. 1458 CIC: “*Las causas se han de conocer siguiendo el mismo orden en que fueron propuestas y registradas, a no ser que alguna de ellas exija una expedición más rápida que las demás, lo que se ha de determinar por decreto especial motivado*”.

⁶⁹³ c. 1598 § 2 CIC: “*Para completar las pruebas, las partes pueden presentar otras al juez; y, después de recibir éstas, si el juez lo considera necesario, ha de dictarse nuevamente el decreto al que hace referencia el § 1*”.

art. 1600 § 1 CIC⁶⁹⁴ se podría admitir la práctica de pruebas que no hubieran sido pedidas con anterioridad, así como la presentación de algún documento “*que quizá antes no pudo presentarse sin culpa del interesado*”. Esto nos hace pensar que igualmente se deba proponer la intervención del perito que informó con anterioridad a la práctica de estas pruebas que quedaban por presentar o que surgieron como novedosas sin que mediara mala fe por parte de quien solicita su práctica ante el Tribunal, para que manifieste su parecer, modifique su informe o añada los argumentos o consideraciones que crea oportunos. Sería pues, de justicia, completar la proposición de pruebas con la valoración del perito sobre el total de pruebas y documentos presentados.

También podría ocurrir que fuera el perito quien en su informe, examinando los autos o de forma personal a las partes, descubriera algún aspecto que requiriera abrir nuevamente el periodo probatorio o realizar una instrucción adicional⁶⁹⁵. Por eso, el juez deberá hacer lo posible para que esa nueva información sea corroborada por las partes y los testigos. Algún autor ha señalado al respecto que en esos casos el perito debe sacar a la luz la nueva información sin que se deba entender el dictamen pericial como medio de prueba de la nueva información⁶⁹⁶, sino que, en caso de abrir nuevamente un periodo para probar los hechos constitutivos de dicha información se habrá de solicitar que el perito elabore un segundo dictamen o un anexo para incorporar al ya elaborado.

A grandes rasgos, podemos informar que existe un amplio margen bastante paralelo en el proceder de la normativa procesal civil y canónica en materia de proposición de prueba pericial dentro de los procesos matrimoniales. Además, la especialidad de la materia en este tipo de procesos y su consideración especial por parte de ambas legislaciones permite que en materia de proposición de prueba pericial se le atribuya al juez competencia e iniciativa suficiente para proponer de oficio la práctica de una pericia que aporte datos relevantes a la causa con independencia de que lo pidan las partes.

⁶⁹⁴ Con esta enumeración taxativa de causas que presenta el c. 1600 CIC se pretende limitar las peticiones de prueba que no se hubieran presentado en tiempo y forma por negligencia de la parte interesada, de modo que razones graves deben sustentar la petición de práctica de nuevas pruebas no pedidas con anterioridad.

⁶⁹⁵ Cf. Com. c. 1577. *New Commentary on the Code of Canon Law. Commissioned by the Canon Law Society of America*, New York, 2000, p. 1694.

⁶⁹⁶ Cf. GARCÍA FAÍLDE. J.J., “El perito psicólogo y psiquiatra en las causas canónicas de nulidad matrimonial”, en: *Memorias* 20 (1996) p. 107.

3. Admisión de la prueba pericial

La proposición de la práctica de la prueba pericial no supone una aceptación inmediata por parte del Tribunal, sino que la misma ha de sujetarse a una serie de criterios y requisitos que condicionan su admisión. Así pues, del cumplimiento de estas exigencias dependerá que se dé curso a la práctica de la pericial.

3.1. Criterios de utilidad y necesidad

Las reglas previstas en la normativa civil para la admisión de la prueba pericial persiguen un objetivo claro: valorar que en realidad la prueba solicitada no contribuye a dilatar el proceso y que puede aportar relevancia a la causa.

Una de las cuestiones que comparten las dos legislaciones, civil y canónica, es la regla de la “utilidad”, es decir, que sólo cuando se prevea que dicha prueba puede aportar elementos que clarifiquen los hechos enjuiciados, se ha de proceder a la designación de los peritos para que se pueda practicar la pericia. Así pues, la LEC, al referirse a la designación judicial mediando la solicitud de las partes, establece lo siguiente: “*En tal caso (que las partes puedan solicitar la designación judicial de perito), el tribunal procederá a la designación, siempre que considere pertinente y útil el dictamen pericial solicitado*”. Por su parte, el art. 203 par. 1 DC sostiene en sentido positivo que en aquellos casos en los que el derecho obliga a designar un perito para elaborar el correspondiente informe pericial⁶⁹⁷, no es necesario recurrir a éste si su cometido es inútil al ser los propios hechos o las propias circunstancias las que evidencien la realidad de lo ocurrido. Por ejemplo, esto puede suceder si en los autos hay una amplia documentación médica que da a entender una evidente nulidad del matrimonio⁶⁹⁸.

Otro criterio empleado en la redacción de las disposiciones normativas de una y otra legislación es el de *necesidad o conveniencia*. En base a estos términos se lleva o no a la práctica la realización de una pericia, pues se ha de admitir en la medida en que ésta sea necesaria o conveniente. Es fundamental determinar esta necesidad de cara a

⁶⁹⁷ Se entiende aquí que esa “utilidad” de la que venimos hablando puede trasladarse igualmente a los casos en los que las partes pidan que se designe un perito, aunque es lógico que nos detengamos para explicar cómo opera este criterio en aquellos casos que pesa la imperatividad de la ley dado que son los supuestos que centran nuestro interés.

⁶⁹⁸ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *La Instrucción “Dignitas Connubii ... o.c.*, p. 185.

evitar gastos inútiles y dilaciones en el tiempo. La LEC, en los artículos dedicados a los peritos, recoge varias veces esta expresión, lo que nos demuestra que la Ley pretende alertar de que exista una verdadera *necesidad, conveniencia y utilidad* para introducir la figura del perito en la actividad procesal.

Varias son las referencias que hace la LEC a esta doble exigencia, manifestando con ello que ha de quedar patente y suficientemente justificado el recurso a este medio: *“Los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda o por lo alegado y pretendido en la audiencia previa al juicio se aportarán por las partes”* (art. 338, 2 LEC); *“El demandante o el demandado, (...) también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial”* (art. 339, 2 LEC); *“El perito que el tribunal designe emitirá por escrito su dictamen (...). De dicho dictamen se dará traslado a las partes por si consideran necesario que el perito concurra al juicio o a la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas. El tribunal podrá acordar (...), que considera necesaria la presencia del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado”* (art. 346 LEC); *“Cuando sea necesario o conveniente para conocer el contenido o sentido de una prueba o para proceder a su más acertada valoración, podrán las partes aportar o proponer dictámenes periciales sobre otros medios de prueba (...)”* (art. 352 LEC).

Recordemos cómo el propio art. 335 LEC, al comienzo de su redacción, consideraba que las partes podían aportar los dictámenes de peritos o solicitar que éstos fueran designados por el Tribunal. Esta valoración de la necesidad y conveniencia, así como la utilidad, se debe producir en dos momentos claramente diferenciados por el tiempo y por los sujetos que intervienen en la designación del perito. En la *designación de parte*, la búsqueda del perito se ha de realizar con la debida diligencia y reuniendo una serie de garantías, además de valorar junto a los conocimientos y experiencia del perito, la utilidad y necesidad de esa pericia⁶⁹⁹. Esta ponderación con vistas a una posterior presentación, corresponde única y exclusivamente a las partes, que son quienes eligen los peritos y presentan sus dictámenes (o anuncian su posterior presentación) en el proceso.

⁶⁹⁹ Cf. GUTIÉRREZ MUÑOZ, S.M., *La prueba pericial...* o.c., p. 32.

Así pues, en los procesos matrimoniales esta facultad no puede convertirse en una estrategia para desacreditar al otro progenitor ni para generar desconfianza hacia su persona de cara al cumplimiento real con un régimen de guarda y custodia compartida o respecto al régimen de visitas. De hecho, ya hemos destacado cómo un dictamen elaborado por perito designado por las partes que sólo realiza una exploración a un solo progenitor y a los hijos, además de resultar incompleto puede ser inútil al presentar valoraciones sobre hechos totalmente sesgados⁷⁰⁰. Interesa, de algún modo, valorar desde la utilidad y la necesidad la intencionalidad que opera desde el fondo y detectar el ánimo vengativo que en ocasiones se aprecia con la presentación de este tipo de dictámenes.

No obstante, conforme al precepto general del art. 283. 1 y 2 LEC, se comprende que el juez tiene la última palabra para condicionar la admisión de la prueba pericial en base a los criterios de pertinencia y utilidad: “1. *No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente. 2. Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos*”. Así pues, en el momento en que se presentan los dictámenes junto con la demanda o la contestación a la demanda (o en un momento posterior tras haber sido previamente anunciado) el Tribunal debe considerar si su aportación ayuda a la resolución del caso o carece de todo fundamento para la causa en cuestión.

Cuando tiene lugar la *designación judicial* según lo establecido en el art. 339, 2 LEC, la decisión sobre la admisión se produce como consecuencia de una actuación previa, pasando la elección del perito, de este modo, por un doble filtro: las partes que proponen o solicitan la prueba pericial valorando la conveniencia, y el Tribunal que procede al nombramiento si considera probada dicha utilidad. Es preciso aclarar que la solicitud de la que habla el apartado segundo del art. 339 LEC no es vinculante, de modo que si el juez entiende que la pericia no es necesaria, útil o pertinente, procederá a

⁷⁰⁰ La oportunidad que brindan estos dictámenes privados así como su valor se encuentran reforzados cuando dejando a un lado las interpretaciones subjetivas de los progenitores y la conflictividad entre ellos, se realizan exclusivamente sobre los menores y aquellas personas del entorno con los que éstos tienen mayor relación: tutor de clase, profesor particular, de clases extraescolares, entrenador del deporte que practique, etc. Porque ya con estos datos pueden darse valoraciones muy útiles para el juez que incluso no requieran que se practique una pericial sobre los progenitores, lo que disminuiría la confrontación entre ellos.

su rechazo⁷⁰¹. Este es el problema que surge en los procesos de familia del orden civil, cuando las partes solicitan un perito y se considera su inutilidad en base a la comodidad que ofrecen los equipos psicosociales.

Así pues, vemos que, tanto en la designación de parte como en la designación judicial, es el juez quien examina la necesidad y utilidad de la pericia en el marco del proceso. Al respecto se ha planteado alguna cuestión sobre si puede el tribunal rechazar la designación de perito solicitada si posee él mismo los conocimientos especializados requeridos para resolver el caso⁷⁰². Algún autor ha expresado su conformidad ante este rechazo, pues “*si el juez tiene las máximas de la experiencia necesarias para el conocimiento y valoración el objeto del debate, no necesitará que en el proceso se practique prueba pericial*”⁷⁰³. No obstante, nos sumamos a la opinión de la doctrina que se manifiesta en contra de la inadmisión de la prueba pericial por el hecho de que, supuestamente, el juzgador posee los conocimientos específicos que por medio de dicha prueba pretenden introducirse, pues no se puede privar a la parte del derecho a proponer dicha pericial cuando no quede suficientemente claro que el juez llega a ese extremo del conocimiento, además de limitar el derecho a contradecir al perito si fuera el caso.

La problemática planteada se origina, por tanto, en un doble sentido, dado que “*la inadmisibilidad de la prueba pericial por dictamen de peritos por considerarla innecesaria, pese a ser pertinente y útil, supone que el tribunal actúa como perito, haciendo imposible el control en segunda instancia del error en la valoración de la prueba. Y a mayor abundamiento, hay que aludir a un tema incluso más trascendente: el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24 CE) puede ser conculcado (...)*”⁷⁰⁴. Lo que ocurre en los procesos matrimoniales es que, precisamente, el juez se sirve de conocimientos especializados del Equipo Psicosocial pero no atiende la solicitud de las partes de designar un perito judicialmente, creyendo que es suficiente con el dictamen del equipo adscrito al Juzgado.

De la misma manera, dado que el control de la admisión de las pruebas es judicial, la legislación canónica deja en manos del juez casi todo el protagonismo, de modo que es él quien decide sobre la necesidad o conveniencia de la pericia, tanto si la

⁷⁰¹ Cf. GUTIÉRREZ MUÑOZ, S.M., *La prueba pericial...* o.c., p. 40.

⁷⁰² Cf. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. ET ALI, *Cien cuestiones...* o.c., , p. 118.

⁷⁰³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Madrid, 2000, p. 309.

⁷⁰⁴ FONT SERRA, E., “El dictamen de peritos...o.c., p. 61.

designación procede de oficio o a instancia de parte: “*Corresponde al juez nombrar a los peritos*” (cf. c. 1575 CIC). Se comprende que el nombramiento depende del juicio valorativo del juzgador, que es quien finalmente admite la práctica de la prueba pericial. De igual modo, cuando el c. 1581 § 1 expresa la necesidad de “*aprobación del juez*” para los peritos privados designados por las partes, está condicionando la participación de éstos a la decisión final de su voluntad, siempre en función de que su presencia resulte de interés y de utilidad para cuanto se debate en el proceso. Este control exhaustivo por parte del juez eclesiástico se acentúa para el supuesto de admisión de los peritos privados, en parte porque esta figura se ha introducido en el Código de Derecho Canónico vigente con cierta timidez respecto a la legislación anterior, no queriendo que quizá se invada la imparcialidad que corresponde a todo perito en el ámbito de su actuación, de modo que, de la manera más objetiva posible, presente unos hechos configurados como medio de prueba y desde su papel de conferir auxilio al juez.

También el criterio de la necesidad opera en el desarrollo de la práctica de la prueba, pudiendo limitar algunas actuaciones, como ocurre en el caso de c. 1581 § 2 CIC, referido a los peritos privados, pues reconoce la posibilidad de que éstos puedan ver las actas de la causa (siempre que el juez lo permita) “*en la medida en que sea necesario*” y limita su intervención en base a las reglas de necesidad de dicha prueba. Esto tiene su lógica si reparamos en la relegación a segundo plano de la aportación de dictámenes de peritos privados. Por tanto, el CIC viene a ser más meticuloso a la hora de aceptar dictámenes extrajudiciales, confiriéndoles quizá, junto a los peritos propuestos por las partes y aceptados por el juez, un carácter voluntario cuya necesidad deberá ser examinada y ponderada por el juez. No ocurre así en el caso concreto de supuestos que exigen por sí mismos la realización de una pericia, convirtiéndose ésta en necesaria por prescripción del propio Derecho (aún sabiendo que a pesar de la necesidad creada implícitamente, se puede llegar a excluir por resultar manifiestamente inútil).

3.2. Criterios de licitud

Del mismo modo que se ejerce un control sobre la admisibilidad de la prueba pericial, valorando previamente su necesidad, conveniencia y utilidad, o se cuestiona la habilidad, capacidad e independencia de los peritos, también se ha de comprobar la licitud y legitimidad de la pruebas que se presentan ante el Tribunal, utilizando para ello mecanismos que detecten y frenen cualquier intento de alterar o modificar el resultado

de una pericial o la simple producción de dilaciones en el proceso por medio de cauces legalmente admitidos.

Aunque existe un precepto en la LEC⁷⁰⁵ que regula expresamente este aspecto, hacemos mención del art. 11.1 LOPJ, que establece para todos los órdenes jurisdiccionales el fundamento jurídico para valorar una prueba obtenida ilícitamente: *“En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. 2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal”*⁷⁰⁶. Quedan delimitadas, por tanto, las consecuencias que derivan de una actividad probatoria fraudulenta o ilícita, así como la actitud firme de los Tribunales en el rechazo e inadmisibilidad de las fuentes de prueba obtenidas, directa o indirectamente, vulnerando los derechos o libertades fundamentales protegidos⁷⁰⁷. La forma de entablar la correspondiente denuncia de este hecho ilícito, aparece recogido en el art. 287. 1 LEC, indicando las pautas a seguir: *“Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud”*.

El Código de Derecho Canónico así como la Instrucción *Dignitas Connubii* actúan de un modo paralelo a la normativa procesal civil, confirmando la inadmisión de las pruebas que se consideran ilícitas. Así pues, el c. 1528 § 1 CIC considera que *“pueden aportarse cualesquiera pruebas que se consideren útiles para dilucidar la*

⁷⁰⁵ El art. 283. 3 LEC dispone que *“Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”*.

⁷⁰⁶ Este artículo adquirió forma tras la puntualización de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, que señalaba lo siguiente: *“Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental”*.

⁷⁰⁷ Cf. ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos...* o.c., p. 150.

causa y que sean lícitas”. Y el art. 157. 1 DC, perfila las consecuencias en caso de no cumplir con dichos requisitos: “*Las pruebas ilícitas en sí mismas o por su modo de adquisición no pueden ser aportadas ni admitidas*”. Así pues, la admisión de la prueba pericial queda vinculada estrechamente a diversos criterios (de utilidad, necesidad, licitud), resultando lógico que el rechazo de su proposición o presentación provenga no sólo de un incumplimiento con el proceder de buena fe, sino también en caso de que no guarde ninguna relación con la materia de la que se trata⁷⁰⁸ o resulte inútil por no aportar nada a la causa.

La consideración del término lícito o ilícito aplicado a las conductas que tengan relevancia en el ámbito canónico procesal y matrimonial se orienta fundamentalmente a la preservación de la intimidad y privacidad de los sujetos que en él intervienen, en calidad de partes o de testigos (por ejemplo, no se consideraría lícito presentar un certificado médico sin consentimiento de la parte a la que hace referencia el certificado o admitir la declaración de un testigo quebrantando el secreto profesional⁷⁰⁹). De igual modo podríamos trasladarlo al perito, si su dictamen pericial indirectamente se funda en pruebas que son ilícitas. Incluso, la función del propio perito se pondría en tela de juicio, como ya vimos al hablar de las tachas y recusaciones, en el caso de haber tratado con una de las partes y proporcionado un servicio en la relación profesional–cliente, planteando por ende la ilicitud de su actuación si en el ejercicio de su actividad profesional está obligado a guardar secreto. Esto alude a lo que prescribe el c. 1546 § 1 CIC, al eximir de la obligación de “*presentar documentos, aunque sean comunes, que no pueden mostrarse sin peligro de daño, de acuerdo con el can. 1548 § 2 n. 2⁷¹⁰, o sin peligro de violar la obligación de guardar secreto*”.

Cuando en el c. 1575 CIC se admite que “*si fuese oportuno*”, el Juez puede “*asumir los dictámenes ya elaborados por otros peritos*”, se comprende que los mismos

⁷⁰⁸ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *La Instrucción “Dignitas Connubii ... o.c.*, p. 149.

⁷⁰⁹ Cf. Ibidem.

⁷¹⁰ Vid. pág. 266 del presente trabajo, al hablar de los testigos que se excluyen de la obligación de responder, entre los que se incluyen clérigos, magistrados, médicos, comadronas, notarios, abogados, etc. La razón por la que podemos remitirnos a este canon para hacerlo extensible a los peritos la encontramos en que cualquiera de los que se encuadran en las mencionadas profesiones podrían ser llamados a dar su parecer sobre la materia concreta que guarde relación con su especialidad o su labor continuada. La revelación de datos o hechos conocidos en virtud de su trabajo y bajo la obligación del secreto profesional constituiría una actuación ilícita que el juez debería calificar como carente de valor a efectos probatorios.

se entregan mediando una autorización expresa de la parte que los aporta⁷¹¹, pero no queda claro si los dictámenes aportados por una de las partes deben reflejar únicamente las circunstancias personales de ese sujeto o también puede presentar algún otro dictamen que obrara en su poder y que revelara un estudio de la parte contraria. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de que la parte demandante, junto con el Libelo, adjunta certificados médicos de la parte demandada porque al momento de separarse se encuentran en la casa que pasa a ocupar el cónyuge demandante y conociéndolo la parte demandada no se ha preocupado ni ha hecho nada por recuperarlos. Pese a la oposición de la parte demandada, exigiendo su devolución e incluso alegando que hayan sido obtenidos o detentados de forma indebida, los documentos pueden unirse al resto de actos del proceso y por tanto, admitirlos como prueba presentada por la parte actora.

Por otro lado, cuando el c. 1578 § 2 CIC establece que *“los peritos han de hacer constar claramente por qué documentos u otros medios idóneos se han cerciorado de la identidad de las personas, cosas o lugares, de qué manera han procedido...”*, la “idoneidad” a la que se refiere deja traslucir un interés por la aptitud y conveniencia de los métodos y medios empleados por el perito, aunque, en una interpretación amplia, podríamos entender que discretamente se está imponiendo la condición de que dichos medios sean apropiados, utilizando como referente para verificar esta cualidad las normas y hechos que garantizan una actuación desde la licitud y oportunidad, tanto en la materia de fondo como en los instrumentos empleados.

Junto al uso de estos métodos, se pueden incluir actitudes concretas que también la legislación civil recrimina, pues su uso restringe la libertad del sujeto y condiciona la veracidad de lo expuesto, como son el miedo producido por una amenaza o violencia física, psíquica o moral. El ejemplo lo encontramos en el texto del c. 1538 CIC: *“La confesión o cualquier otra declaración de una parte carece de todo valor si consta que ha sido emitida por error de hecho o arrancada por violencia o miedo grave”*. A pesar de que lo expuesto parece restringirse únicamente al ámbito de las declaraciones de las partes, se puede aplicar también a cualquier manifestación hecha por un testigo, tanto en el juicio o fuera del juicio. Si al perito se le aplica en el ejercicio de sus funciones y para comprobar su aptitud personal y profesional parte de la normativa canónica destinada a

⁷¹¹ Artículo 41º CD: *“Cuando la evaluación o intervención psicológica se produce a petición del propio sujeto de quien el/la Psicólogo/a obtiene información, ésta sólo puede comunicarse a terceras personas, con expresa autorización previa del interesado y dentro de los límites de esta autorización”*.

los testigos, no vemos por qué no se podría igualmente interpretar esta disposición en relación a los peritos, ya que perfectamente podrían llegar a encarnar esta circunstancia. Conviene destacar la apreciación que algún autor ha desarrollado con motivo de la afirmación “*carece de todo valor*”, advirtiendo que no sólo se trata de anunciar que dicha manifestación (declarativa, testifical, pericial) no posee eficacia probatoria sino que es “*totalmente nula*”⁷¹².

3.3. La impugnación de la decisión de admisión o inadmisión de la prueba pericial

Cuando el juez inadmite una prueba, como es el supuesto de la prueba pericial, no queda claro si el que ha propuesto esa prueba puede interponer un recurso de reposición o sólo puede hacer constar su protesta⁷¹³ a efectos de que sea tenida en cuenta, para hacer valer su derecho, en segunda instancia⁷¹⁴.

Nos encontramos, por un lado, con que el art. 446 LEC dispone que “*contra las resoluciones del tribunal sobre inadmisión de pruebas, o sobre admisión de las que se denunciaron como obtenidas con violación de los derechos fundamentales, las partes podrán formular protesta a efectos de hacer valer su derecho en la segunda instancia*”. Pero por otro lado, el art. 285 LEC, también aplicable a los procesos matrimoniales en materia de prueba, reconoce en el apartado 2º, en relación con la admisión de las pruebas por parte el juez, que “*contra esa resolución solo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, pudiendo formular la parte, si se desestimare, la oportuna protesta al efecto de hacer valer sus derecho en la segunda instancia*”⁷¹⁵. Parece, por tanto, que este último artículo integra las dos opciones y parece otorgar

⁷¹² Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *La Instrucción “Dignitas Connubii ... o.c.*, p. 167.

⁷¹³ Con la protesta lo que se pretende es manifestar y hacer constar que existe una disconformidad, por parte de un sujeto, con una decisión judicial que se ha adoptado oralmente para que pueda ser amparada en una segunda instancia en virtud del derecho impugnatorio.

⁷¹⁴ Cf. GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “El desarrollo de la vista”, en: HIJAS FERNÁNDEZ, E. (Coord.), *Los procesos de familia: una visión judicial*, 2ª ed., Madrid, 2009, p. 423.

⁷¹⁵ Al respecto, cabe señalar que en las legislaciones procesales civiles anteriores de 1855 (cf. art. 258) y de 1881 (cf. art. 567) se admitía recurso de reposición contra las providencias de inadmisión de pruebas pero no se admitía contra las providencias de admisión de pruebas. La razón estaba, entre otras, en que mientras que en el supuesto de inadmisión de una prueba se podía producir indefensión, en la admisión de la prueba, aún pudiendo ser inútil o impertinente, siempre quedaba la posibilidad de que se hiciera referencia a este hecho en la sentencia y por tanto, se descartara su credibilidad.

mayor cobertura al derecho de reclamación de las partes sobre la admisión de las pruebas. Sin embargo, no queda claro si se debe aplicar el art. 446 LEC o lo que dispone el art. 285. 2 LEC.

A nivel doctrinal, no existe consenso y hay división de posturas: aquellos autores⁷¹⁶ que admiten que como el art. 445 LEC reconduce a lo que se establece en los capítulos V y VI del Título I del Libro II de la LEC para los juicios declarativos puede ser aplicable el art. 285. 2 LEC para el juicio verbal o incluso que se podría conciliar⁷¹⁷ lo que se establece en el art. 446 LEC para la formulación de protesta con la remisión del art. 445 LEC a las normas para los juicios declarativos y por ende al art. 285. 2 LEC. Otros autores⁷¹⁸, sin embargo, sostienen que no se puede admitir que en el juicio verbal se plantee el recurso de reposición contra la resolución que admite o inadmite una prueba, dejando lugar sólo a la formulación de la protesta.

Ahora bien, resulta muy extraño que en la LEC hubiera una remisión de unos preceptos a otros que fueran contrarios e incompatibles entre sí. Por eso, convence más pensar que como el art. 287 LEC, refiriéndose a la ilicitud de la prueba, admite que contra la resolución que admita una prueba que vulnera los derechos fundamentales “*sólo cabrá recurso de reposición que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista*”, implícitamente está considerando que esta posibilidad sea tanto para el juicio ordinario como para el juicio verbal. Este recurso, además, no obstaculiza el transcurso del proceso dado que su interposición oral en el mismo acto de la vista garantizaría la agilidad y la economía procesal propia de esta clase de procesos⁷¹⁹.

⁷¹⁶ Cf. BONET NAVARRO, A., “Cuestiones relativas a la prueba”, en: AA.VV., *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2005, p. 109.

⁷¹⁷ Cf. HIJAS FERNÁNDEZ, E., “Procedimiento contencioso”, en: GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, M.P. (Coords), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2005, p. 775.

⁷¹⁸ Cf. GARNICA MARTÍN, J.F., “El juicio verbal común y sus especialidades”, en: AA.VV., *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, Madrid, 2004, pp. 493-494.

⁷¹⁹ En este sentido se manifestaba el Magistrado Eduardo Hijas Fernández recalcando que no sólo este recurso de reposición no dilataría la vista sino que además “*podría evitar el recurso de apelación contra la sentencia, de admitirse por el tribunal de primera instancia pruebas que, fundamentales para la decisión del pleito, fueron en un primer momento rechazadas, tras llegar, por las alegaciones del recurrente en reposición, al convencimiento de su pertinencia y trascendencia para el objeto del proceso*” (Cf. HIJAS FERNÁNDEZ, E., “Procedimiento contencioso”... o.c., p. 775).

Por su parte, en la legislación canónica cualquier impugnación prevista ante el rechazo de una prueba por parte del juez se debe tramitar conforme al c. 1527 §2 CIC, donde se indica que, en caso de que una parte insista en que se admita una prueba rechazada, *“el mismo juez ha de decidir la cuestión con toda rapidez”*. Esta decisión se daría a conocer mediante decreto que ya sería inapelable conforme el c. 1629, 4º CIC⁷²⁰. De hecho, llama la atención que no sólo el criterio de la utilidad y la licitud rijan en la admisión de las pruebas, sino que se haya incorporado por el art. 157.3 DC⁷²¹ la posibilidad de denegar la admisión de aquellas pruebas aportadas con el fin de retardar el juicio.

En todo caso, el Código de Derecho Canónico sólo prevé cualquier recurso en clave negativa, es decir, cuando se deniegue la admisión de una prueba, pero nada establece cuando una parte muestre su desacuerdo con la admisión de una prueba (siempre y cuando no estemos ante uno de los supuestos preceptuados por la ley). Además, fuera de la indicación sobre el modo de resolver la insistencia de la parte pidiendo que se admita una prueba, no se indica que se pudiera formular protesta –tal y como está planteado en la LEC– a efectos de que en el Tribunal de 2ª Instancia se pudiera tener en cuenta en fase de apelación. Por tanto, sería conveniente ampliar la formulación al supuesto de que el juez haya admitido una prueba que, por ejemplo, resulta evidentemente inútil sin que él mismo, de oficio, haya reparado en su inutilidad (Cf. c. 1680 CIC) o incluso en su ilicitud.

4. La designación de peritos

Dos son las vías que propone la legislación civil para designar o nombrar a los peritos, formas que han dado lugar a la denominación de prueba pericial de parte⁷²² o prueba judicial⁷²³. Tanto la pericial de parte como la judicial en la legislación civil se

⁷²⁰ c. 1629, 5º CIC: *“No cabe apelación (...) contra la sentencia o decreto en la causa que según el derecho debe dirimirse con la mayor rapidez posible”*.

⁷²¹ Aunque en el CIC actual no se ha conservado esta referencia, sí estaba presente en el Código anterior y también en el art. 95.1 de la PME, viniéndose a recuperar en el texto de la Instrucción *Dignitas Connubii*.

⁷²² art. 336, 1 LEC: *“Los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación, si ésta hubiere de realizarse en forma escrita, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 337 de la presente Ley”*.

⁷²³ art. 339, 2 LEC: *“El demandante o el demandado, aunque no se hallen en el caso del apartado anterior, también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda*

reconocen como dos opciones alternativas que para nada se excluyen⁷²⁴, sino que se configuran de manera independiente y en condiciones equitativas de admisibilidad⁷²⁵. Además, ya hemos comprobado cómo el art. 339. 5 contempla la pericial de oficio, sin instancia de parte, circunscribiendo esta posibilidad a “*los procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas*”⁷²⁶ o en procesos matrimoniales”⁷²⁷.

Paralelamente, la legislación canónica prevé igualmente una doble clasificación, dentro de la llamada pericia pública⁷²⁸: por un lado, la designación de oficio por parte del juez ponente o presidente, una vez oídas las partes, y por otro, a petición de ellas.

Vamos a tratar los plazos o el momento procesal en el que se produce la designación del perito. En este punto, la práctica de ambos ordenamientos civil y canónico difiere con rasgos y aplicaciones totalmente característicos que muestran la oportunidad de la presentación en dicho tiempo o momento procesal y no en otro, quizá porque la naturaleza jurídica de la pericia según su consideración en uno y otro ordenamiento aconseja que así sea su práctica.

a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial. En tal caso, el tribunal procederá a la designación, siempre que considere pertinente y útil el dictamen pericial solicitado”.

⁷²⁴ Cf. GUTIÉRREZ MUÑOZ, S.M., *La prueba pericial...* o.c., p. 31.

⁷²⁵ Ninguna de las dos opciones se erige como preferente y tampoco la práctica de una es subsidiaria respecto a la otra, pues las partes pueden acudir a los dos sistemas que son perfectamente compatibles. De hecho, la LEC ha contemplado las dos posibilidades sin restar importancia a ninguna de ellas (Cf. MONTERO AROCA, J., “Especialidades de la prueba pericial en el juicio verbal”, en: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La prueba pericial en el proceso civil*, Madrid, 2006 pp. 70-71).

⁷²⁶ art. 759. 1 LEC: “*Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal*”.

⁷²⁷ No obstante, cabe la posibilidad de manera excepcional –para otras materias fuera de las referidas–, que se pueda acordar de oficio la prueba pericial acudiendo al cauce genérico de las diligencias finales según lo permitido en el art. 435. 2 LEC: “*Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos*” (Cf. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. ET ALI, *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, Madrid, 2004, p. 115).

⁷²⁸ c. 1575 CIC: “*Corresponde al juez nombrar a los peritos, después de oír a las partes o a propuesta de ellas*”.

Aunque los procesos de familia civiles se van a ventilar por los trámites del juicio verbal y según la ley se disponen una serie de momentos procesales más propios para aportar los dictámenes periciales o para procurar la intervención de un perito que designe el juez, las peculiaridades que se contemplan en estos procedimientos especiales conlleva que la prueba pericial clásica tenga que convivir con la intervención psicosocial sin que a ésta se le pueda exigir someterse a la regulación de la prueba pericial⁷²⁹.

4.1. Designación judicial de los peritos

En cuanto a la legislación procesal civil, en el art. 341 LEC se indica el procedimiento a seguir para la designación judicial de perito cuando lo solicitan las partes, distinguiendo dos opciones: que las partes propongan una determinada persona o entidad y el tribunal así lo acuerde, o que se designe mediante sorteo en base a la lista o relación de peritos que se utiliza con carácter anual para dicho fin⁷³⁰. Esta designación deberá realizarse en el plazo de cinco días desde que se presentó la contestación a la demanda, con independencia de quién solicitara la designación⁷³¹. Se considera que es un momento propicio para solicitar esta designación cuando se formulan los respectivos escritos iniciales (art. 339. 2 LEC) además de aceptar dicha solicitud para designar perito en base a alegaciones y pretensiones no contenidas en la demanda, con posterioridad a la misma o a la contestación. También se establece en el art. 339. 3 LEC que las partes puedan solicitar la designación de un perito por el tribunal “*en el juicio ordinario (...) a consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia*”, trasladando lo mismo al juicio verbal cuando se den los requisitos señalados. Ahora bien, esta petición no puede ser genérica, sin más, sino que se ha de circunscribir cuál es el objeto del peritaje.

A primera vista, la previsión legal sirve perfectamente para el juicio ordinario, y parece que también encaja para el juicio verbal. Sin embargo, para los procesos especiales matrimoniales, concretamente para las medidas provisionales y para la

⁷²⁹ Recordemos que la intervención psicosocial no se puede acoger a la regulación procesal vigente porque no responde a las condiciones establecidas para la designación del perito para la delimitación del objeto, ni se ajusta a la forma de emisión del dictamen ni el plazo en el que se ha de ejecutar su presentación.

⁷³⁰ Cf. DE LA OLIVA SANTOS, A., Y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal ... o.c.*, p. 408.

⁷³¹ Ibidem.

modificación de medidas surge un problema, dado que si la solicitud de designación de perito judicial se ha de hacer en los escritos iniciales, para este tipo de procedimientos este escrito no existe. Por tanto, lo único que parece que podría solventar esta dificultad sería solicitarlo en la propia vista. Ahora bien, existe nuevamente el problema de que para ello la vista se deberá suspender y si no se reanuda antes de los veinte días se tendrá que celebrar de nuevo la vista conforme establece el art. 193.3 LEC, alterando la continuidad de los actos, si es que ya se practicaron los interrogatorios de las partes y de los testigos⁷³².

En los procesos de familia, para determinar el perito que va a intervenir en el procedimiento según lo que propongan las partes, el Ministerio Fiscal o el propio juez, de oficio, va a tomar como referencia una serie de profesionales potencialmente designables dada su dedicación a la medicina, psicología y psiquiatría en el ámbito público o privado. Procedentes del ámbito privado se encuentran aquellos profesionales que tienen clínica y despacho propio y ofrecen sus servicios al Juzgado, formando parte de un equipo llamado por turno de intervención⁷³³. Pero también del ámbito de la educación y enseñanza, aquellos psicólogos que trabajan en el centro escolar del menor, pueden seguir incluso de cerca la problemática familiar concreta desde las consecuencias y efectos que puede tener en el desarrollo académico de los menores. Además, puede ocurrir que en el campo de la sanidad, un problema planteado ante el juzgado tenga antecedentes médicos de tipo psiquiátrico, como depresiones, crisis de angustia o ansiedad, tratamiento para la desintoxicación del consumo de drogas o alcohol. Estos profesionales no sólo podrían emitir un dictamen valorativo del sujeto sino que incluso pueden trabajar conjuntamente con el juzgado para supeditar la consecución de algunos objetivos como condición para modificar ciertas medidas adoptadas⁷³⁴.

⁷³² Cf. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J., “Los medios de prueba... o.c., p. 97.

⁷³³ Algunos Colegios de Psicólogos han instituido formalmente un listado con aquellos profesionales que han querido inscribirse libremente y prestar su servicio como auxiliares de la Administración de Justicia (Cf. ORTUÑO MUÑOZ, P., “Valoración Judicial ...o.c., pp. 298-299).

⁷³⁴ Por ejemplo, podría ocurrir que se ha interrumpido el régimen de visitas por la adicción de uno de los progenitores y el Juzgado ha indicado que no se podrán retomar hasta que no conste la práctica rehabilitación del sujeto, lo que incidiría positivamente en el cumplimiento de las prescripciones médicas y, por tanto, en la constatación de la evolución favorable con el tratamiento por parte del profesional.

Se constata, además, que en los equipos de asistencia social pública, dependientes de los Ayuntamientos, Diputaciones, Comunidades Autónomas o del Ministerio de Asuntos Sociales, también puede haber profesionales que se puedan designar para intervenir en el procedimiento si trabajaron con la familia en crisis cuando se desataron problemas de carácter propiamente social.

El procedimiento de designación judicial del perito responde a la forma prevista en el art. 341 LEC, a partir de la elaboración de un listado con todos aquellos colegiados o asociados procedentes de Colegios Profesionales o entidades análogas que estén dispuestos a actuar como peritos. La primera designación se hará por sorteo y a partir de ahí se realizarán las designaciones siguientes por orden correlativo. Sin duda alguna, esta fórmula otorga la imparcialidad requerida en este tipo de intervenciones y por eso, en los procesos matrimoniales cada vez se reclama con más fuerza poder servirse de este recurso en paridad, si cabe, con los dictámenes de los equipos psicosociales por las mayores garantías de seriedad, objetividad y credibilidad que ofrecen.

Una vez designado el perito y antes de que tenga lugar su nombramiento, se le comunica que ha sido elegido y se le insta a manifestar en el plazo de cinco días si acepta o no el cargo (art. 342. 1 LEC). Si acepta, seguirá su nombramiento junto con la manifestación bajo promesa o juramento de decir verdad y actuar objetivamente. En el caso de que no acepte, es necesario que el perito alegue justa causa que le impida esa aceptación y que, asimismo, el tribunal la considere suficiente, procediendo a designar a otro candidato de la lista (art. 342. 2 LEC). En cuanto conste la aceptación, se efectuará el nombramiento, pudiendo el perito, a partir de entonces, solicitar la provisión de fondos que le corresponde y que considere necesaria para llevar a cabo su trabajo. El tribunal va a decidir sobre esta provisión y ordenará a las partes que cumplan con su deber de pagar los honorarios del perito, cuidando en todo momento que se abonen las cantidades acordadas (art. 342. 3 LEC).

Cabe señalar que sobre la designación de peritos a instancia de parte tal y como se prevé en el art. 335 de la LEC, se ha planteado algún que otro problema de interpretación, induciendo a confusión en más de una ocasión: *“las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal”*. Al colocar dicha expresión en el apartado referido a la petición de las partes para que el juez designe peritos, se está

circunscribiendo esta posibilidad o facultad de las partes, aparentemente, a aquellos casos que reconozca la ley, limitando que las partes puedan dirigirse al juez para solicitar un reconocimiento pericial en otros casos no contemplados por la misma. Esta referencia es heredada, sin duda, de la anterior legislación, y aunque en la práctica se actúa al margen de esta disposición, no se podían preterir las dudas y conflictos que en torno a esta cuestión se han generado⁷³⁵.

En el Código de Derecho Canónico no se dice expresamente cuándo se ha de designar el perito o se ha de proponer su designación. Sin embargo, aunque no haya una alusión específica, podemos obtener datos de algunos cánones que, indirectamente, nos sitúan ante el momento procesal en el que se ha de proceder a dicha designación.

Una vez que se ha propuesto la intervención de los peritos, bien de oficio (a criterio del juez o por prescripción de la ley) o a instancia de parte, el siguiente paso consiste en designar al profesional que va a responder de la elaboración del dictamen correspondiente tras un examen completo de los hechos presentados en el proceso y sobre el examen directo de uno o ambos cónyuges. La designación, por tanto, procede tras haber admitido la posibilidad de practicar la prueba pericial y una vez que se hayan practicado el resto de pruebas, de modo que éstas puedan servir de punto de partida para la valoración sobre la procedencia de la pericial.

El Código de Derecho Canónico guarda silencio sobre el modo de nombrar a los peritos, así como sobre el procedimiento a seguir en la designación por parte del juez. La práctica de los Tribunales eclesiásticos es la única que puede fijar unas pautas a seguir con carácter particular pues no todos los Tribunales comparten las mismas características o funciones: es necesario atender a circunstancias diversas como el número de causas tramitadas al año (según el territorio y la población), el tipo de tribunal (de primera, segunda, tercera o ulteriores instancias), el objeto de las causas (si requieren o no práctica de prueba pericial), e incluso la tipología del objeto en cuestión.

Por tanto, en función de estas peculiaridades, cada tribunal establecerá normas de aplicación para su funcionamiento interno, dentro de las cuales se hará referencia a la procedencia de los profesionales de la pericia (Colegios profesionales, elección basada en la confianza), la designación conforme a criterios de rotación (si se cuenta con una pluralidad de peritos) o con carácter exclusivo (un profesional que presta sus servicios

⁷³⁵ Cf. GUTIÉRREZ MUÑOZ, S.M., *La prueba pericial...* o.c., p. 31.

al tribunal), el llamamiento en sede del Tribunal para aceptar el encargo, así como para informarle de sus derechos y deberes o la responsabilidad en la que incurre si incumple algunas de las obligaciones con las correspondientes sanciones anejas (que en el ámbito canónico sólo podría tratarse de suspenderlo temporalmente de su ejercicio en el tribunal o excluirlo definitivamente, impidiendo actuaciones posteriores como perito). Cabe destacar como algo positivo que esta libertad en la forma de elegir a un perito permite también que el juez nombre a quien según su parecer y en conciencia, sabe que va a abordar el peritaje con más habilidad que otro, máxime si tiene previo conocimiento y convencimiento –por haber quedado constado desde la experiencia en otras causas– sobre su destreza a la hora de valorar esa materia concreta, así como también sabrá cuándo es necesario excluirlo de otros casos porque no demuestre, para otra materia distinta, poseer la misma intuición.

Pese a que cada opción esté perfectamente consolidada y admitida en cada Tribunal Eclesiástico, y alguno de los sistemas pueda destacarse como positivo, no nos convence en absoluto que no se haya diseñado en la normativa canónica una referencia, al menos, al sistema que se ha de preferir para proceder a esta designación. Lamentamos, incluso, que la Instrucción *Dignitas Connubii*, publicada veinte años después de la promulgación del CIC'83, no haya hecho referencia alguna a la forma de designación de los peritos. Sin duda alguna, el procedimiento de insaculación, totalmente neutral y aleatorio es el que transmite más confianza y no habría razones de peso para justificar que la universalidad de la norma impida que todos los Tribunales Eclesiásticos del planeta se rijan por el mismo sistema⁷³⁶. Bastaría incidir en la necesidad de formar profesionales que no sólo destaquen en el desempeño de su trabajo dentro de su área de especialización concreta sino que demuestren tener una idoneidad más allá de la mera capacitación profesional y conforme exige la visión del matrimonio canónico y su protección desde la doctrina, la moral y las leyes eclesásticas, contando, de este modo, con un número mayor de peritos disponibles.

⁷³⁶ Esto evitaría, además, ciertas desconfianzas entre los letrados de cada uno de los cónyuges como partes en el proceso, dado que en ocasiones, saber que en un Tribunal sólo trabaja un único perito y en el mismo el letrado contrario es donde tramita la mayor parte de las causas, crea la necesidad que sea un perito diferente acompañándose la propuesta de un determinado nombre. A esta proposición nominal el letrado de la parte contraria, a su vez, mostrará sus sospechas de que haya propuesta a ese perito concreto porque puede conocerlo y tener amistad con él, con lo que podría plantear su exclusión. Esto provoca un intercambio de escritos que no hace sino dilatar el proceso.

Por último, creemos conveniente manifestarnos en contra de esta delegación implícita que hace el Código a favor de la legislación particular, en parte porque si para otras figuras probatorias expresa una normativa extensa y detallada, no podemos entender que para los peritos sea tan escasa. Es el caso de la obligación de decir verdad bajo la expresión del juramento, de la que no se hace mención en ningún momento, pero sí, por ejemplo, en el c. 1562 CIC para los testigos⁷³⁷. Si el perito es un auxiliar del juez y su valoración constituye un medio de prueba, también a él se le debe exigir juramento de decir verdad y de haber actuado con la mayor objetividad posible. Aunque con carácter general en la práctica se viene pidiendo ese juramento, entendemos que dicha cuestión debería recogerse en el Código. De ahí que valoremos la importancia de los arts. 335 y 342 LEC, al recoger esta fórmula necesaria en el momento de la aceptación y del nombramiento del perito.

4.2. Designación de peritos por las partes

Sobre la designación de peritos privados en los procesos matrimoniales civiles, se comprende que son las partes las que se ocupan de buscarlos y convenir con ellos todo cuanto derive de la relación profesional–cliente. Por tanto, para estos supuestos la normativa civil nada tiene que decir.

Al respecto, lo mismo ocurre en la legislación canónica, pues es obvio que, al igual que indicábamos para el ámbito civil, el procedimiento para designar al perito de parte se simplifica y se deja bajo el exclusivo control y elección de las partes. Otro asunto será la presentación del dictamen pericial del cual tendremos que hablar más adelante.

5. Elaboración y presentación del dictamen pericial

El dictamen pericial consiste en el informe que realiza el perito y que se presenta al Tribunal como medio de prueba, si bien es verdad que su posterior comparecencia para ratificarse en lo aducido o para clarificar puntos controvertidos constituirá una aportación de valor innegable que contribuirá a completar el contenido del dictamen.

⁷³⁷ c. 1562 CIC: “§ 1. El juez debe recordar al testigo su obligación grave de decir toda la verdad y sólo la verdad. § 2. El juez ha de pedir juramento al testigo según el c. 1532; y si el testigo se niega, a de ser oído sin juramento”. También el c. 1532 contempla que la declaración de las partes se haga bajo juramento de decir verdad o haber dicho la verdad, “a no ser que una causa grave aconseje otra cosa”.

Este dictamen se distingue de los otros medios de prueba en que, mientras todos ellos se encargan de fijar los hechos, el dictamen recae sobre los hechos que ya se encuentran acreditados por esos medios de prueba o incorpora conocimientos especializados para poder valorar, estimar y apreciar la realidad y verdad de su existencia⁷³⁸.

En la normativa procesal civil, el dictamen de peritos se encuentra regulado en los artículos 335 a 352 LEC y, como novedad respecto a la LEC anterior, se admiten los dictámenes periciales aportados por las partes atribuyéndoles un valor compatible con la prueba pericial procedente de un perito designado judicialmente, bien de oficio o a instancia de parte. No obstante, en los procesos de familia la atribución del mismo valor a estos dictámenes que a los que proceden de peritos judiciales ha decaído en la práctica, sobre todo cuando en los últimos años se han desarrollado y diseñado artimañas diversas para viciar la interpretación de los hechos y presentar conclusiones totalmente parciales y subjetivas, como quedó patente en el capítulo anterior.

5.1. El objeto del dictamen pericial en los procesos matrimoniales

Cuando hablamos del término “objeto” y, más concretamente, al relacionarlo con la pericia, nos estamos refiriendo a aquella materia que ha de manejar el perito y sobre la que se debe pronunciar su dictamen. Así pues, se debe precisar y acotar la temática de la que se ha de ocupar el perito, pues una cosa es la materia general de la causa que se encuentre en discusión, y otra será la parcela concreta de la que se encargará el perito para que acometa en su correspondiente análisis y estudio.

La normativa procesal civil presenta como título previo a la redacción del art. 335 LEC lo siguiente: “*Objeto y finalidad del dictamen de peritos*”, aunque al hablar de la prueba en general⁷³⁹, así como en algún otro artículo, también se hace referencia al

⁷³⁸ Cf. ASENSIO MELLADO, J.M., *Proceso civil...* o.c., p. 674.

⁷³⁹ Podríamos encontrar en el art. 281 de la LEC una precepto aplicable y extensible al objeto de la prueba pericial, recogido al inicio de la normativa sobre la prueba en general: “1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso. 2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. 3. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes. 4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”. Con el ánimo de acotar lo más concretamente posible el objeto sobre el que ha de recaer la pericia, resaltamos el

objeto, entendido como los asuntos o hechos que requieren una resolución en el proceso. De este modo, podríamos precisar que el objeto de la pericia es propiamente el examen y estudio de un hecho o de unas circunstancias, estableciendo las causas de éste y los efectos producidos, así como el modo, la forma y el momento en que se produjeron los hechos en cuestión. Traslado a los procesos de familia, el objeto del dictamen solicitado tratará sobre la idoneidad de los progenitores para el ejercicio de la patria potestad y el régimen de custodia más apropiado para los menores, pero también podrá versar sobre el régimen de comunicaciones y estancias de los menores con el progenitor no custodio. Además, en el derecho de familia se valoran estados emocionales, de adaptación, de competencia parental, se evalúan situaciones de peligro o riesgo para los menores y cualquier interferencia de los progenitores. No obstante, pese a que generalmente este viene a ser el objeto de estos dictámenes periciales, cada supuesto exigirá una valoración determinada en función de las circunstancias que concurren y los extremos disputados por los progenitores, debiéndose definir el objeto del informe atendiendo a estas variaciones y considerando las particularidades de cada caso.

El hecho de que en el proceso canónico se contemple la entrega al perito de *“las actas de la causa y aquellos otros documentos y adminículos que pueda necesitar para cumplir bien y fielmente su cometido”* (c. 1577 § 2 CIC) no implica en absoluto que se le faciliten todos y cada uno de los documentos que integran la causa, ni que el perito se haya de pronunciar sobre todos los temas en cuestión, sino sólo aquellos documentos que complementen los datos sobre los hechos que deba versar el dictamen. Igualmente, no sólo se entiende que el juez debe delimitar la materia sobre la que puede versar el trabajo del perito, sino que, de la misma manera, a éste se le debe pedir que se limite a contestar dentro del campo de su competencia y desde los conocimientos propios de su especialidad, sin inmiscuirse en el campo de las valoraciones propiamente jurídicas.

Concretamente, para los dos supuestos en los que el CIC ordena e impone la intervención de un experto, como es la impotencia y las causas de incapacidad psíquica, su pericia se ha de basar en cuestiones de hecho: *“personalidad del sujeto; estado de sus facultades mentales; alteraciones que sufre por motivo de la enfermedad;*

contenido del último punto del presente artículo, que pretende evitar una dispersión del análisis pericial en cuestiones que de por sí presentan suficiente claridad.

perturbaciones que padece; gravedad; desde cuándo padece, etc.”⁷⁴⁰. Precisamente, la Instrucción *Dignitas Connubii* dedica el art. 209 a apoyar la buena práctica de la actividad profesional del perito, circunscribiendo para capítulos concretos de nulidad matrimonial el modo y el tipo de cuestiones que debe abordar el perito en su estudio⁷⁴¹.

Así pues, con carácter particular y de modo novedoso, la Instrucción *Dignitas Connubii* recoge en el art. 209 una relación de cuestiones que han de plantearse al perito a tenor del c. 1095 CIC en las causas sobre incapacidad⁷⁴². Lo hace en un primer momento enunciando una serie de puntos más generales pero posteriormente, dentro del mismo artículo, desarrolla unos interrogantes más específicos para cada capítulo de nulidad que se solicite.

En las preguntas más genéricas pide que el perito se pronuncie sobre si ambas partes o una de ellas se encontraban afectadas en el momento de contraer matrimonio⁷⁴³ por una peculiar anomalía habitual o transitoria que identifiquen el grado de gravedad, cuándo, por qué y en qué circunstancias tuvo su origen y cómo se manifestó.

⁷⁴⁰ GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho Procesal...* o.c., p. 343.

⁷⁴¹ Nos permitimos reproducir íntegramente el artículo para entender la necesidad de exponer con detalle los puntos que han de guiar el dictamen pericial, con una doble finalidad: que exista una práctica común en todos los tribunales eclesiásticos y que la actuación de los mismos no sea arbitraria sino reconducida por medio de imperativos legales que instruyen sobre el camino a seguir. Art. 209 DC: “1. *En las causas sobre incapacidad, de acuerdo con la mente del c. 1095, el juez no debe dejar de pedir al perito su dictamen sobre si ambas partes o una de ellas se encontraban afectadas en el momento de contraer matrimonio por una peculiar anomalía habitual o transitoria; cuál era su gravedad; cuándo, por qué causa y en qué circunstancias se originó y se manifestó.* 2. *En particular: 1º en las causas por falta de uso de razón, debe preguntar si la anomalía perturbaba gravemente el uso de razón en el momento de la celebración del matrimonio, y con qué intensidad y bajo qué indicios se reveló; 2º en las causas por defecto de discreción de juicio, debe preguntar qué efecto produjo la anomalía sobre la facultad de discernimiento y de elección para tomar decisiones graves y en particular para elegir libremente un estado de vida; 3º en las causas por incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, debe preguntar sobre la naturaleza y la gravedad de la causa psíquica por la que la parte padece no sólo grave dificultad sino imposibilidad para hacer frente a las acciones inherentes a las obligaciones del matrimonio*”.

⁷⁴² La Instrucción DC también ha previsto en el art. 208 una serie de cuestiones para las causas sobre impotencia, solicitando al perito información sobre la naturaleza de la impotencia, si es absoluta o relativa, antecedente o subsiguiente al matrimonio, permanente o temporal y si pudiera sanarse, debiendo indicar en estos casos por qué medios lícitos y ordinarios.

⁷⁴³ Es importante resaltar cómo en todo el art. 209 DC se menciona el momento de la celebración del matrimonio como referencia para valorar cómo estaba el psiquismo del sujeto en ese instante, pues realmente es lo que necesita saber el juez para declarar que el matrimonio fuera o no nulo (Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *La Instrucción “Dignitas Connubii ... o.c., p.186*).

Más concretamente, se establece que, en las causas por *falta de uso de razón* (cf. c. 1095, 1º CIC), habría que determinar si la anomalía perturbaba gravemente el uso de razón al momento de contraer matrimonio, la intensidad y los indicios y síntomas bajo los que se manifestó.

En relación al capítulo por *grave defecto de discreción de juicio* (cf. c. 1095, 2º CIC), se pide que el perito se manifieste sobre el efecto que la anomalía produjo sobre la facultad de discernir y de elegir para tomar decisiones graves y particularmente, para elegir con libertad un estado de vida.

Para el capítulo sobre *incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio* (cf. c. 1095, 3º CIC), se requiere conocer la naturaleza y la gravedad de esa causa psíquica que imposibilita a la parte a cumplir con las obligaciones propias del matrimonio.

A simple vista podría parecer que la incorporación de este elenco de preguntas exige del perito que se signifique sobre la existencia o no del capítulo que hace nulo el matrimonio. Sin embargo, no nos parece una extralimitación del perito que manifieste si en base a esa anomalía no pudo elegir el matrimonio libremente o no pudo cumplir con las obligaciones, máxime cuando se le pide que se pronuncie sobre “un estado de vida” que no es otro que el matrimonio.

Únicamente cabe destacar la ausencia de un criterio que no sólo consideramos útil sino incluso esencial para apoyar la gravedad de la anomalía, y ello en relación con el carácter perpetuo o temporal de la anomalía padecida. Aunque a primera vista se está evaluando la condición psíquica del sujeto al momento de contraer matrimonio y esto es lo que importa a efectos de decidir sobre el mérito de la cuestión, sería interesante incorporar a este cuestionario una pregunta sobre si esa anomalía ha desaparecido o continúa presente, de manera que al menos sirva para decidir sobre la imposición del veto a la persona que aún en la actualidad se le siga considerando incapaz⁷⁴⁴.

Y por si no quedara suficientemente claro, concluye el último párrafo con un recordatorio de lo que debe y no debe hacer el perito: “*El perito debe responder en su dictamen a cada una de las cuestiones planteadas en el decreto del juez según las reglas de su propia técnica y ciencia; pero ha de tener cuidado de no traspasar los límites de su función para no emitir juicios que corresponden al juez*” (art. 209. 3

⁷⁴⁴ Cf. MORÁN BUSTOS, C.M. Y PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de matrimonio...* o.c. p. 358.

DC)⁷⁴⁵. Qué duda cabe que este artículo ha aterrizado afortunadamente en medio de un desierto donde la metodología empleada ha sido objeto de múltiples interpretaciones y actuaciones, en ocasiones, poco acertadas y en otras, improcedentes.

Estimamos que esta forma de acotar las cuestiones sobre las que ha de versar el dictamen del perito es muy positiva, ya que plantea los puntos básicos para tener un conocimiento más profundo de los hechos y una valoración más exhaustiva. De hecho, creemos que sería una iniciativa muy acertada por parte del legislador civil que incorporara en la normativa procesal una regulación completa sobre la actividad de los profesionales que intervienen en los procesos de familia y el protocolo de actuación, fijando los aspectos sobre los que interese que estos especialistas se pronuncien. Con ello, se evitarían las quejas sobre la arbitrariedad a la hora de realizar los dictámenes y sin duda, se realzaría su valor dada la confianza y fiabilidad que inspirarían.

La Instrucción *Dignitas Connubii*, en coherencia con el art. 203 DC sobre la obligatoriedad de la realización de la pericia ante los capítulos de nulidad ya referenciados, se ciñe a ellos para establecer las pautas a seguir en la elaboración del dictamen y omite cualquier referencia a la pericia que pudiera realizarse “*en las demás causas*”. Por eso, allí donde también pueda resultar conveniente el recurso a la pericia, proponemos una redacción suplementaria que sirva de motivación a los jueces para servirse de este recurso y con el mismo se logre un aporte de luz para alcanzar la certeza moral exigida. En este mismo apartado, nos parece interesante mencionar cómo se ha de dar cobertura a la aparición de nuevas anomalías precisando el objeto del dictamen pericial cuando fuera necesario probar su existencia a través de la pericia y proponiendo una ampliación .

Dentro del párrafo 2 del c. 1095 CIC, hemos de hacer referencia al capítulo de la falta de libertad interna que se basa en la incapacidad de autodeterminación del sujeto que va a contraer matrimonio para elegir esa opción con libertad, dado que posee alguna alteración psíquica considerada grave o de tal intensidad que anula la necesaria libertad interna ante la decisión de contraer matrimonio.

Este capítulo no se encuentra integrado en el Código de Derecho Canónico ni tampoco se puede considerar un nuevo capítulo, como han sostenido algunos autores⁷⁴⁶,

⁷⁴⁵ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *La Instrucción “Dignitas Connubii” ... o.c.*, p. 186.

pero eso no tiene mayor relevancia dado que la libertad interna es un elemento que exige la propia naturaleza del acto jurídico y bien puede integrarse en la sistematización del c. 1095, 2º CIC, cuando el grave defecto del consentimiento matrimonial se debe a la falta de la necesaria discreción de juicio. La frecuencia con la que ha sido invocada como causa de nulidad en algunos Tribunales Eclesiásticos y la propia jurisprudencia del Tribunal de la Rota Romana⁷⁴⁷ legitima la subsunción de la libertad interna en el c. 1095, 2º CIC. En ocasiones, esa patología puede producir la incapacidad para elegir pero es posible que esa alteración psíquica pueda emanar de una serie de elementos y circunstancias externas que influyen de manera determinante en la personalidad débil, dependiente y fácilmente manipulable del contrayente⁷⁴⁸ o que procedan directamente de una fuerza interna⁷⁴⁹. Y aunque existen mecanismos para detectar estos casos con anterioridad a la celebración del matrimonio⁷⁵⁰, en muchos casos pasan totalmente desapercibidos y sobre ellos debe retrotraerse la valoración el perito. Por tanto, podríamos diseñar los puntos sobre los que debería versar la pericia por el capítulo de la *falta de libertad interna*, recogiendo los siguientes aspectos: la estructura psíquica del contrayente, si existió la debida deliberación, o hubo algún trastorno que afectó a la

⁷⁴⁶ Cf. AZNAR GIL, F.R., Derecho Matrimonial Canónico, II: Cánones 1057; 1095-1107, Salamanca, 2002, p. 75.

⁷⁴⁷ Una sentencia rotal, siendo ponente Pompedda, ya admitía con anterioridad al Código de 1983 que la discreción de juicio podía faltar cuando se verificada no sólo la falta del conocimiento intelectual sobre el objeto matrimonial así como la debida valoración y estimación crítica, sino también cuando cualquiera de los contrayentes careciera de la libertad interna o capacidad de deliberar con suficiente estima los motivos y la autonomía de la voluntad de cualquier impulso “ab interno” (Cf. *coram Pompedda*, de 25 de noviembre de 1978, en SRRD 70, 1988, pp. 509-510, n. 2). En el mismo tenor, otro de los jueces rotales, Stankiewicz, advertía que tanto la madurez del conocimiento como la madurez de voluntad o de elección para determinarse a un acto con libre actuación constituyen el único concepto jurídico de la discreción de juicio (Cf. *coram Stankiewicz*, de 15 de junio de 1978, en SRRD 70, 1988, p. 345, n. 7).

⁷⁴⁸ Muchas han sido las causas tramitadas ante los Tribunales Eclesiásticos por embarazos sobrevenidos, donde mujeres jóvenes han sido obligadas por sus padres para casarse, por los condicionantes sociales o por el propio sentido del deber y la responsabilidad sin que haya sido posible oponerse a esas circunstancias.

⁷⁴⁹ Puede tratarse, por ejemplo, de una fobia, un remordimiento, la sospecha de poder quedar desacreditada por causa del embarazo prematrimonial, una preocupación intensa sobre algo en concreto (Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo estudio...* o.c., p. 36).

⁷⁵⁰ Con datos como la asistencia a los cursillos prematrimoniales, la formalización del Expediente matrimonial con los datos aportados por las interesados y los testigos, la valoración de la urgencia con la que han organizado los preparativos de la Boda y los motivos que obligan a ello, se debe indagar sobre la verdadera libertad de los contrayentes ante la decisión de contraer matrimonio y detectar cualquier irregularidad que puede comprometer seriamente la validez del vínculo que van a contraer.

voluntad, identificación de los tipos de presión o fuerza moral y calificación de los mismos según su cualidad de fuerza interna o externa y el grado de intensidad, en caso de existir una anomalía qué efectos produjo, preguntar sobre el valor de los indicios que rodearon a la celebración del matrimonio y su repercusión en el acto de consentir.

Para las causas tramitadas por *error en cualidad* o *error doloso*, el dictamen pericial podría pronunciarse sobre los siguientes aspectos: la estructura psíquica del contrayente, la evaluación objetiva de la importancia de esa cualidad en la vida del contrayente; en caso de engaño, evaluar el grado de deliberación consciente para acometerlo, examinar el grado de dependencia del sujeto engañado respecto del contrayente que le engañó y si el contrayente engañado padecía alguna anomalía o perturbación psíquica que alterara su percepción de la realidad.

Para el supuesto de la *exclusión de cualquiera de las propiedades o fines del matrimonio*, sería conveniente articular la propuesta en la siguiente dirección: sobre el origen o la raíz de la simulación, y si la misma procede de una anomalía psíquica y la capacidad de condicionar o anular el intelecto y la voluntad.

Por último, en relación al *miedo*, cabrá plantear: la identificación de su naturaleza y su miedo y el grado de influencia en el sujeto; valoración y análisis de su estructura psíquica y la capacidad para gestionar el miedo y el control que ejerce el entendimiento y la voluntad sobre el temor infundido; si el miedo es superable o no objetivamente o si las condiciones internas y psíquicas del sujeto bloquean la capacidad de reacción.

5.2. Instrumentos para elaborar el dictamen pericial

Comenzamos este apartado dedicado a todos aquellos medios, recursos, materiales, herramientas o instrumentos de los que se pueda valer el perito para elaborar su informe pericial. Es evidente que no podemos aglutinar todos estos elementos como sinónimos unos de otros, pues cada uno goza de una expresión, alcance o manifestación específica.

La legislación procesal civil exige que, además de presentar los dictámenes por escrito –para el caso de dictámenes elaborados por peritos designados por las partes–, éstos se acompañen “*de los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de la pericia*” (art.

336. 2 LEC). Incluso cabe que cuando tenga lugar la comparecencia del perito en el juicio, las partes y el juez puedan preguntarle “*sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen*”. La normativa civil solicita esta información para asegurar principalmente que la pericial se desarrolló con unas mínimas garantías y con el objeto de mejorar la valoración de la prueba.

En relación a la metodología, el trabajo del perito psicólogo en los procesos matrimoniales debe partir de la lectura y del examen de los autos para definir el objeto de la pericia y las personas de las que pueda obtener información, estableciendo así las técnicas que deberá utilizar. Hasta el presente, al igual que se han puesto de manifiesto otras carencias y ausencias en la normativa procesal para regular el régimen de actuación de los peritos psicólogos adscritos a los juzgados, destacamos que tampoco existe un protocolo que ordene la técnica que mejor se adecúe a este ámbito⁷⁵¹.

Según lo manifestado por los psicólogos que trabajan al servicio de la jurisdicción civil para los procesos matrimoniales, las técnicas de evaluación se suelen dividir en tres categorías: entrevistas, observación de interacciones y pruebas psicométricas (cuestionarios, inventarios o escalas).

Las *entrevistas* se llevan a cabo con los progenitores, los menores y terceras personas que pudieran guardar estrecha relación con la vida de los padres e hijos. En el caso de los progenitores, salvo que hubiera un conflicto muy intenso, se procura mantener una entrevista conjunta. Posteriormente, se sigue con una entrevista individual con cada progenitor y una entrevista también individual con hermanos mayores, tíos, abuelos, que pudieran aportar datos relevantes. Las entrevistas con profesionales con los que el menor se relaciona, como profesores, pedagogos, psicólogos, psiquiatras, etc., también puede ser decisiva, y siempre que las circunstancias lo permitan, se practicarán

⁷⁵¹ Es de alabar, por ejemplo, la creación de los protocolos de actuación a nivel de la Comunidad de Madrid, elaborados por la Consejería de Justicia e Interior, que se aprobaron en abril de 2007 para regular la intervención en el ámbito forense de todos aquellos psicólogos y trabajadores sociales adscritos a los órganos jurisdiccionales presentes en el territorio. Dada la intervención en diversos procedimientos, como son los de familia, incapacidades, procesos penales, procedimientos ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y Juzgados de Violencia sobre la mujer, servicios de atención a Víctimas y Fiscalía de Incapacidades y Tutela, se hacía necesario articular un proceder unitario y ofrecer así unas pautas comunes en relación a las técnicas y actividades de evaluación que debe realizar el psicólogo (<http://www.psicologosforenses.org/guia-orientativa-de-buenas-practicas-de-psicologos-forenses/> [Consultado: 5 de Julio de 2015]. A esta iniciativa, se han unido posteriormente otras Comunidades Autónomas y los Colegios Profesionales de Psicólogos, publicando sus propias Guías orientativas para los psicólogos forenses.

personalmente a no ser que por dificultades manifiestas se deba recurrir a la comunicación por teléfono. Por último, la entrevista final se suele realizar con los menores, para observar directamente con ellos el alcance de la información recabada en las entrevistas anteriores, ahondando en todos los aspectos de su vida familiar, social, escolar y de ocio.

Las llamadas *sesiones de observaciones de interacción* pretenden descubrir cómo es en realidad la relación entre los menores y sus familiares más cercanos. Así pues, se propone encuentros bilaterales entre los menores y el padre, los menores y la madre, los menores y sus hermanos de manera que en su presencia, el psicólogo pueda captar los comportamientos y las actitudes de unos y otros⁷⁵².

Finalmente, en relación a las *pruebas psicométricas* a partir de test, cuestionarios, inventarios o escalas, cada profesional utiliza aquellas que crea que le van a aportar un esclarecimiento mayor de los hechos. Habrá casos en los que sea suficiente utilizar unas pocas pruebas y en otros en los que sea necesario agotar todos los medios puestos al alcance del profesional. Esto viene a remarcar la idea de que los procesos matrimoniales revisten peculiaridades precisamente porque cada supuesto es único y presenta unas necesidades y demandas particulares.

Aunque esta metodología viene a ser más o menos similar a la que siguen los profesionales independientes y autónomos respecto de la Administración de Justicia así como los especialistas de los Equipos Psicosociales, lo cierto es que en el proceso matrimonial civil se hace necesario contar con una propuesta válida que aúne unos criterios comunes a seguir por todos los expertos que trabajen en el ámbito del Derecho de Familia, abordando los supuestos –cada uno dentro de su singularidad– con un esquema y una estructura definida por igual. Con ello se evitarían las quejas de aquellos usuarios de la justicia que denuncian no conocer los métodos utilizados y su correspondencia con los resultados obtenidos. Se trata, por tanto, de ofrecer una información con mayor transparencia que, sin duda, redundará en beneficio de obtener una colaboración mayor por parte de ambos progenitores y promover así una actitud, si cabe, más conciliadora.

⁷⁵² A pesar de que este método es interesante y puede reportar mucha información, hemos de indicar que en muchas ocasiones, las relaciones no serán naturales y tenderán a mostrar una imagen que no se corresponde con la realidad vivida en la intimidad. El psicólogo debe utilizar su agudeza e intuición para captar cuándo esas manifestaciones son verdaderas, espontáneas y naturales y cuándo radica en ellas una intención específica para manipular el resultado.

En el ámbito de la legislación canónica ya hemos esbozado, al hablar del objeto de la pericia, algunos indicadores de lo que podría constituir el método a seguir por el perito, así como los métodos empleados. De hecho, si la Instrucción *Dignitas Connubii* concretaba el alcance del objeto de la pericia (art. 209 DC), subrayando los puntos en los que el perito habría de incidir según el tema, no es de extrañar que, de la misma forma, se inste al perito a dar razón de las fuentes de conocimiento a las que acudió, del método empleado en la investigación, de aquellos argumentos que fundaron sus conclusiones, así como del grado de convencimiento con que afirma lo que sostiene en dichas conclusiones⁷⁵³. Examinemos con detenimiento cómo se expresa esta idea y esta exigencia en el párrafo 2 del art. 210 DC: “*Los peritos han de hacer constar claramente mediante qué documentos o por qué otros medios idóneos se han cerciorado de la identidad de las personas o de las cosas, qué vía y procedimiento han seguido para cumplir el encargo que se les confió; y, sobre todo, en qué argumentos se basan y qué certeza poseen las conclusiones expuestas en el dictamen*”.

Ahora debemos constatar cómo se utilizan realmente estos medios o métodos y cuál es el material con el que puede contar el perito para los procesos canónicos. Pero antes debemos exponer un pequeño matiz que afecta en condiciones desiguales a los peritos privados, ya que la documentación a la que se refiere el c. 1577 § 2 CIC que se ha de entregar al perito, sólo puede facilitarse al experto que recibe el encargo de hacer el peritaje por parte del tribunal, porque se comprende que los peritos privados “*deben trabajar con la investigación que por sus propios medios hayan podido conseguir*”⁷⁵⁴.

Para el más frecuente y concreto campo de intervención de los peritos psicólogos en el ámbito canónico, como es el de los procesos matrimoniales, son dos los recursos previstos para llevar a cabo el dictamen pericial:

- El *examen personal*, siendo evidente que, para las causas matrimoniales, el hecho de poder contar con la realización de un examen de carácter psicológico y psiquiátrico sobre uno o ambos sujetos que intervienen en la causa puede resultar de gran ayuda, pues todo lo que el perito pueda conocer y percibir por sus propios sentidos ayudará a acercarse mejor a la realidad. La entrevista directa, con un

⁷⁵³ Cf. GARCÍA FAILDE, J.J., *La Instrucción “Dignitas Connubii ... o.c., p. 187.*

⁷⁵⁴ GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho Procesal... o.c., p. 343.*

intercambio de preguntas y respuestas y la realización de algunas pruebas y test⁷⁵⁵ resultan elementales para clarificar y delimitar algunos comportamientos anómalos encajándolos en el perfil que correspondan.

- El *examen de los autos y demás pruebas de la causa*, siendo este el recurso que opera en caso de no poder cumplir con el examen directo y como alternativa legítima para poder suplir esta carencia⁷⁵⁶. La pericia recaerá sobre los hechos aportados al proceso por las partes y los testigos⁷⁵⁷. Se trata de analizar unos testimonios y extraer aquellas afirmaciones que sean concordantes y den a entender la existencia de motivos sólidos que confirmen la causal por la que se ha promovido la nulidad del matrimonio. No hay que olvidar que para equilibrar el hueco que produce la ausencia de la parte demandada siempre se puede realizar una evaluación sobre el otro cónyuge y aplicar en él la metodología prevista en una pericia normal.

Conviene recordar que el Código de Derecho Canónico no prevé la pericia realizada exclusivamente sobre los autos, como tampoco lo hace la Instrucción *Dignitas Connubii*, lo que con frecuencia se echa de menos dado que esta práctica no es nada excepcional. Y, aunque se diga que esta praxis forense no ha de recibir un tratamiento similar y un valor análogo a la pericia en sentido estricto, reiteramos nuestra postura a favor de atribuir a este informe, independientemente de la metodología empleada para su elaboración, una consideración singular en base a la ayuda que presta. Pero aún así no es una propuesta desdeñable el pedir que se haga referencia en la normativa a esta posibilidad, máxime cuando en ocasiones los peritos no saben a qué atenerse y cómo

⁷⁵⁵ En la evaluación psicológica de la personalidad, las pruebas utilizadas revelan que las psicométricas tienen un alcance más bien cuantitativo mientras que las proyectivas son más cualitativas que las psicométricas, dando a conocer mucho mejor la forma de ser del sujeto y de manera global. Así pues, los test psicométricos y neurológicos sirven para medir aspectos específicos de la inteligencia, del pensamiento o de la personalidad. Por ejemplo, en un diagnóstico psiquiátrico, los test tienen una importancia mínima dado que el diagnóstico se basa en signos y síntomas que se puedan observar externamente y a través de la entrevista clínica directa (Cf. PANIZO ORALLO, S., *La intimidad...o.c.*, p. 190).

⁷⁵⁶ Si en el proceso de nulidad se pretende llegar a una sentencia justa, de no poder acudir a la pericia personal y no permitir una alternativa, “*sería una verdadera injusticia procesal el privar a la parte que actúa de buena fe pidiendo la declaración de nulidad de su matrimonio de un medio de prueba tan importante y a veces tan decisivo como puede ser el pericial... cuando en el proceso existen actuaciones probatorias que constituyen o pueden constituir bases firmes de pronunciamiento periciales científicamente fiables*” (PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales y nulidad matrimonial*, Madrid, 1999, p. 626).

⁷⁵⁷ Cf. MORÁN BUSTOS, C.M. Y PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de Matrimonio... o.c.*, p. 349.

enfocar los métodos habitualmente utilizados por ellos para adaptarlos a esta circunstancia excepcional sin que le reste valor. Porque, desde la admisión de esta figura, ya hay un reconocimiento implícito de su contribución al proceso.

5.3. Forma, modo y tiempo de presentación del dictamen pericial

Si bien no se establece un modelo específico que han de seguir los técnicos encargados de dar a conocer su parecer sobre un asunto, ambos ordenamientos, civil y canónico, coinciden en que el dictamen pericial se ha de presentar por escrito. La legislación civil prevé la obligatoriedad de la forma escrita para los informes periciales, como refleja la disposición del art. 346 LEC: *“El perito que el tribunal designe emitirá por escrito su dictamen, que hará llegar al tribunal en el plazo que se le haya señalado”*. La misma exigencia se contempla para el supuesto de que sean las partes quienes aporten los documentos que integren dicha pericial, a tenor del art. 336. 2 LEC: *“Los dictámenes se formularán por escrito, acompañados, en su caso, de los demás documentos (...)”*. Del mismo modo, cuando el legislador repite el vocablo “escrito” como elemento característico y primordial del dictamen pericial, su intención no es otra que recordar que el soporte de la pericial no ha de ser otro que un documento, excluyendo así la posibilidad de que se presente vía oral y se pueda recoger un acta, lo que sí se podrá admitir cuando el perito sea llamado para responder a cuestiones surgidas con motivo de la elaboración del dictamen, o porque se requiera su presencia para emitir valoraciones allí donde se esté celebrando el juicio.

Por su parte, la normativa canónica no refiere específicamente esta condición de que se presenten los peritajes por escrito, pero esto se deduce de la redacción del c. 1578 § 1 CIC, al mencionar que, en el caso de que sean varios los peritos, cada uno debe elaborar su dictamen por separado salvo que *“el juez mande que se presente uno solo, que habrá de ser firmado por todos”*. A falta de una indicación expresa, se reconoce el principio de escritura en la mención de la firma, pues supone un modo de garantizar y asegurar la identificación del autor de un documento que, de por sí, implica una apariencia en forma escrita. Cabe recordar que la Codificación derogada de 1917 admitía la oralidad para el dictamen pericial⁷⁵⁸, lo que se suprimió con la entrada en vigor del Código actual de 1983⁷⁵⁹.

⁷⁵⁸ c. 1801 CIC 1917: *“§ 1. Los peritos pueden dar su dictamen por escrito o de palabra delante del juez; pero, si se da de palabra, debe escribirlo inmediatamente un notario y firmarlo los*

El panorama sobre el tiempo y modo de presentación del dictamen pericial en el ámbito civil presenta matices diversos y dignos de ser analizados en contraposición a la legislación canónica. Así pues, la primera diferencia radica en el momento en que se presenta el dictamen pericial y en la procedencia de su autor, según sea perito judicial o privado.

5.3.1. Dictámenes de peritos privados o designados por las partes

La LEC distingue entre los dos tipos previstos de designación de perito haciendo alusión en primer lugar a los dictámenes elaborados por peritos nombrados por las partes. Destacamos en la regulación del proceso especial sobre matrimonio y menores un amplio número de situaciones en las que se permite que se pueda presentar el dictamen pericial, recogidas al amparo de los arts. 336 a 338 LEC. Así pues, en el juicio verbal especial sobre matrimonio y menores se van a poder admitir las diversas posibilidades existentes en la LEC:

- En primer lugar, antes de la demanda se puede solicitar, mediante el trámite de la prueba anticipada que se obtenga un dictamen pericial por un perito designado judicialmente a tenor de lo dispuesto en el art. 293 LEC⁷⁶⁰.

peritos. § 2. El perito, principalmente si emite su dictamen por escrito, puede ser llamado por el juez para que dé las explicaciones que además se crean necesarias". A pesar de que se contemplaba esta doble modalidad en la legislación precedente, no obstante los autores incidían en la preferencia porque la pericia se desarrollara por escrito, dejando la intervención oral sólo en el caso de que conviniera realizar algunas declaraciones. (Cf. CABREROS DE ANTA, M., "Com. c. 1801", en: *Comentarios al Código de Derecho Canónico de 1917*, Madrid, 1964, vol. 3, pp. 569-570).

⁷⁵⁹ Resulta preocupante cómo se va a desarrollar la prueba pericial en el nuevo proceso matrimonial más breve ante el Obispo (cc. 1683-1687 según la reforma del MP MIDI), porque aunque existan argumentos particularmente evidentes, en supuestos concretos será necesario recurrir a la práctica de la pericia para alcanzar la certeza moral requerida. Colocar en primer plano la característica de la rapidez en este tipo de procesos es un ataque a la seguridad jurídica, sobre todo al establecer las pruebas se practiquen en una sola sesión, cuando la realización de un peritaje se divide en diversas fases (aceptación del perito, entrevista con el periciando, elaboración del dictamen, presentación y ratificación en sede judicial) y será imposible concentrarla en un solo acto. Y es evidente que no consta que se pueda practicar oralmente, lo que ratifica la exigencia de presentar el dictamen por escrito.

⁷⁶⁰ art. 293.1 LEC: "(...) cualquiera de las partes durante el curso del mismo, podrá solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto".

- Además, como se establece claramente en el art. 336.1 LEC “*Los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación, si ésta hubiere de realizarse en forma escrita, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 337 de la presente Ley*”⁷⁶¹. La redacción es concisa y no deja lugar a dudas sobre el momento de su presentación, que será el de la interposición de la demanda. Ahora bien, aunque ciertamente existen corruptelas entre abogados y psicólogos a la hora de elaborar informes privados, el desconocimiento sobre los argumentos esgrimidos por la otra parte y su postura en el proceso realmente impiden conocer los aspectos para los que necesitan el dictamen y por tanto llevarlo a término. Este proceder obedece a la prudencia y da a entender que existe buena fe por parte del litigante que inicia el procedimiento, pues, de lo contrario, sin conocer exactamente los términos de la controversia en el contradictorio, sería muy temerario aventurarse a pedir a un experto que se pronunciase sobre un supuesto e inexistente conflicto y esto ya, de por sí, provocaría que el otro litigante se mostrara a la defensiva desde el principio.
- Con posterioridad a la contestación y antes de la vista, también se permite aportar los dictámenes solicitando la aportación extemporánea y razonando la imposibilidad de aportarlo con la demanda⁷⁶². Aunque el precepto del art. 336.1 LEC recoge la obligación inexorable de completar la presentación de la demanda con los dictámenes periciales de peritos privados, admite que cuando se cuente con la posibilidad de presentar dichos dictámenes y no se presenten en tiempo y forma, se habrá de justificar la imposibilidad de su presentación (art. 336. 4 LEC): “*En los juicios con contestación a la demanda por escrito, el demandado que no pueda aportar dictámenes escritos con aquella contestación a la demanda deberá justificar la imposibilidad de pedirlos y obtenerlos dentro del plazo para contestar*”. De igual modo se traslada al demandante el deber de cumplir con su presentación en términos similares: “*Se entenderá que al demandante le es posible aportar con la*

⁷⁶¹ Cf. art. 265.1. 4º LEC: “*A toda demanda o contestación habrán de acompañarse (...) 4º. Los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones*”.

⁷⁶² Como ha sostenido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha de exigir que se pruebe cumplidamente esta imposibilidad, sin que sea suficiente “*el pretexto de la premura y laboriosidad en la redacción de la demanda*” (Cf. STS de 7 de marzo de 2013, en: ROJ STS 854/2013).

demanda dictámenes escritos elaborados por perito por él designado, si no justifica cumplidamente que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de aquélla hasta la obtención del dictamen” (art. 336. 3 LEC). Para ambos casos se pide en el art. 337 LEC que indiquen de qué dictámenes pretenden valerse y en cuanto dispongan de ellos, los aporten con una antelación de 5 días antes de la vista en el juicio verbal.

- Si tras la contestación de la demanda y conforme lo alegado por la parte contraria se suscita la utilidad o la necesidad de presentar dictámenes periciales, se permitirá que se aporten con al menos cinco días de antelación a la celebración de la vista en los juicios verbales con trámites de contestación escrita, debiendo manifestar las partes, además, si quieren que los peritos autores de esos dictámenes concurren a la vista (cf. art. 338. 1 y 2 LEC).
- También, el beneficiario de justicia gratuita puede solicitar junto a la demanda y antes de la vista un dictamen por perito judicialmente designado anunciando la aportación del dictamen en los escritos iniciales de alegaciones (Cf. art. 339. 1 LEC).
- Aunque ninguna de las partes fuera beneficiaria del derecho de asistencia gratuita, siempre que estimen que es conveniente o necesario para sus intereses podrán solicitar un dictamen pericial por un perito judicialmente designado en la demanda y antes de la vista (art. 339. 2 LEC).
- Se permite también la designación judicial de perito, a solicitud de una o ambas partes, en el acto de la vista del juicio verbal en virtud del art. 339.3 LEC siempre que tenga por objeto desvirtuar alegaciones o pretensiones no contenidas en los escritos iniciales del proceso, debiendo guardar relación con hecho o alegaciones complementarias admitidas en la vista o con hechos nuevos que se aleguen en la vista (cf. art. 339. 2 II LEC).
- También de oficio, antes o durante el acto de la vista, el juez puede ordenar su práctica en los procesos matrimoniales conforme establece el art. 339. 5 y art. 752 . 1. II, LEC⁷⁶³. En el art. 770. 4 LEC se permite que dentro del plazo que el Tribunal

⁷⁶³ art. 339. 5 LEC: “*El tribunal podrá, de oficio, designar perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales*”; art. 752 LEC:

señale para practicar las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista, *“podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados (...)”*⁷⁶⁴.

- También podría introducirse un dictamen de perito judicialmente designado en un momento anterior a al vista para el cotejo de letras de un documento público o privado si se discute su autenticidad conforme lo que indican los art. 349⁷⁶⁵ LEC y 427.1⁷⁶⁶ LEC.
- Se prevé también que en cualquier momento se puedan presentar dictámenes o proponer la introducción de un dictamen privado sobre otros medios de prueba admitidos por el tribunal para conocer el contenido o el sentido de una prueba o conseguir una valoración más acertada a tenor del art. 352 LEC.
- Por último, el tribunal podrá acordar de oficio o a instancia de parte, como diligencias finales, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, que sean oportunamente alegados y si hay motivos para creer que las nuevas actuaciones van a permitir adquirir certeza sobre esos hechos (art. 435 LEC).

Como se puede comprobar, la legislación civil se muestra demasiado flexible y transigente a la hora de permitir que dichos dictámenes se presenten en diversos momentos procesales⁷⁶⁷ y esto ha despertado las críticas de gran parte de la doctrina,

“Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes”.

⁷⁶⁴ En conexión con este artículo se encuentra el art. 774.2, LEC en relación a las medidas definitivas, donde se establece que *“a falta de acuerdo, se practicará la prueba útil y pertinente que los cónyuges o el Ministerio Fiscal propongan y la que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas a adoptar”.*

⁷⁶⁵ art. 349 LEC: *“Se practicará por perito el cotejo de letras cuando la autenticidad de un documento privado se niegue o se ponga en duda por la parte a quien perjudique”.*

⁷⁶⁶ art. 427.1 LEC: *“En la audiencia, cada parte se pronunciará sobre los documentos aportados de contrario hasta ese momento, manifestando si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba acerca de su autenticidad”.*

⁷⁶⁷ En general, una de las características de los procesos matrimoniales es que las pruebas se incorporan al proceso en el momento en que pueda resultar más adecuado, permitiendo una flexibilidad excepcional que no encaja en los preceptos de preclusión de trámites que operan para el proceso civil común.

interpretando negativamente estas posibilidades. Se ha dicho que este complejo sistema de pericias puede conducir a su ineficacia⁷⁶⁸, que constituye un verdadero “galimatías procesal”⁷⁶⁹, y que la multiplicidad de informes periciales posibles “*parece técnicamente poco adecuada, ya que sería más correcto limitar a un único momento procesal estas aportaciones y no hacer depender éstas de las posibles vicisitudes del proceso*”⁷⁷⁰.

Las opciones mencionadas y que tienen cabida en los procesos matrimoniales responden, de algún modo, a las particularidades del juicio verbal para este tipo de procesos y con ello se justifica la variedad de oportunidades para proponer el dictamen pericial.

En el proceso canónico, un primer momento de presentación de dictámenes privados, como documento probatorio de los hechos centrales de la controversia, según el c. 1504, 2º CIC es junto al escrito de demanda, en la que se debe indicar “*al menos de modo general, en qué hechos y pruebas se apoya para demostrar lo que afirma*”. Cabe destacar que, en ocasiones, y junto a la demanda, en los procesos matrimoniales se aportan otros documentos tales como el certificado de matrimonio canónico (y también el civil si se hubiera celebrado previamente), la sentencia de separación o divorcio, la partida de nacimiento de los hijos o el libro de familia, entre otros. Esto da pie a que también se adjunten documentos que pertenecen a la esfera de lo estrictamente probatorio, como pueden ser informes o dictámenes de profesionales, con el ánimo de cumplir con el requisito que se exige en toda demanda para su posterior admisión: que posea una mínima y suficiente justificación del derecho que se reclama⁷⁷¹. Creemos, por tanto, que esta práctica ha de reconducirse al momento de la Instrucción o Proposición de Pruebas, donde han de ejecutarse convenientemente y conforme a Derecho. De

⁷⁶⁸ Cf. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Del dictamen de peritos”, en: AA.VV., *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, Oviedo, 2000, p. 387.

⁷⁶⁹ Cf. MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000*, Barcelona, 2001, p. 335.

⁷⁷⁰ Cf. RIFÁ SOLER, J.Mª., “Del dictamen de peritos”, en: AA.VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, T. II, Barcelona, 2001, p. 1577.

⁷⁷¹ Al igual que ocurre con la demanda o libelo acusatorio, para decretar su admisibilidad es necesario que dicho escrito tenga *fumus boni iuris*. Este vocablo latino es utilizado generalmente en una interpretación negativa, de ausencia. Nos referimos al establecimiento del precepto del c. 1505 § 2, 4º CIC, corroborado por el art. 122 DC donde se invita al rechazo de una demanda que carece de todo fundamento.

hecho, ya el c. 1529 CIC considera que “*si no es por causa grave, el juez no proceda a recoger pruebas antes de la litiscontestación*”⁷⁷².

Debemos señalar que la prueba pericial de parte según la LEC encuentra su homólogo en la denominación de peritos privados conforme al CIC⁷⁷³. Mientras que la LEC reconoce esta modalidad como alternativa a la judicial, el CIC le confiere un papel secundario y lo contempla con cierto escepticismo. Así pues, los dictámenes pueden provenir de peritos privados designados por las partes a los que el juez debe autorizar para intervenir aún con ciertas limitaciones (c. 1581 § 1 CIC), y también el juez puede llegar a asumir dictámenes de peritos extrajudiciales privados que hubieran examinado a las partes con anterioridad, llegando incluso a designarlos peritos públicos (Cf. c. 1575 CIC). Basta reparar en la expresión utilizada en el c. 1575 CIC, “*y si fuese oportuno*”, para entender que la admisión de dictámenes elaborados por otros peritos y aportados al proceso por las partes viene a ser algo más bien extraordinario o complementario⁷⁷⁴.

Sin embargo, la legislación canónica no considera la posibilidad de que las partes privadas manifiesten su deseo a favor de llamar a los peritos que realizaron sus informes con carácter privado para responder por éstos en el proceso, como tampoco

⁷⁷² La *litiscontestación* se produce cuando se fijan los límites de la controversia mediante decreto del juez. Cf. c. 1513 § 2 CIC (lo que en los procesos de nulidad matrimonial se denomina *fijación de la fórmula de dudas* o *Dubium*). Con este acto procesal se pretende conocer cuál es la postura del demandado y fijar cuál ha de ser el objeto del litigio. En la práctica actual este momento tan sólo conserva el formalismo de un decreto que recoge precisamente lo que las partes han aducido en los respectivos escritos de demanda y contestación a la misma. Por tanto, la comparecencia individual o simultánea de las partes en el momento de la litiscontestación hoy carece de efecto (Cf. Com. c. 1513, en: PROFESORES DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico...* o.c., p. 792).

⁷⁷³ La aparición del perito privado en el ordenamiento jurídico canónico constituye una novedad materializada en el Código de Derecho Canónico de 1983. Esta posibilidad comienza a gestarse gracias a la evolución de las distintas ciencias médicas y psicológicas a lo largo del siglo XX, convirtiéndose en un servicio que se extiende más allá de la práctica procesal y al que cualquier sujeto puede acceder para hacer valer sus derechos, como medio probatorio, en un juicio. En el ámbito civil ocurrió algo parecido con la introducción en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de la prueba pericial realizada a través de peritos designados por las partes. Así pues, la normativa civil confiere el carácter probatorio a los dictámenes periciales extrajudiciales. La realidad procesal actual en este punto responde a una costumbre o práctica de los tribunales que ha logrado consistencia jurídica y legal: “*Esta innovación se ha realizado al amparo de una constante en la práctica de los tribunales donde era ya habitual que las partes realizaran sus propios dictámenes periciales con la finalidad de estudiar el tema a tratar o debatir y que luego se aportara al proceso en prueba de ello. Por esto la ley se dice que se ha adaptado a la realidad “de nuestro foro” o de la práctica de tribunales*” (Cf. GUTIÉRREZ MUÑOZ, S.M., *La prueba pericial...* o.c., p. 32).

⁷⁷⁴ c. 1757 CIC: “(…) *y si fuese oportuno, asumir los dictámenes ya elaborados por otros peritos*”.

admite que las partes lleven a cabo esta valoración en orden a que dichos peritos expliquen el peritaje, resuelvan dudas, contesten a un interrogatorio con el fin de aclarar o profundizar en algunos aspectos particulares de la pericia (contradictorio procesal). Si los peritos extrajudiciales privados pueden llegar a ser nombrados peritos públicos, perfectamente se podría prever la posibilidad de que fueran llamados para intervenir en el proceso como expertos en la materia, de manera que se le puedan formular preguntas para su correspondiente aclaración en presencia del juez. No se entiende muy bien que la regulación canónica sea tan parca e imprecisa, pues indirectamente está provocando que no se haga un uso completo de las diversas posibilidades que, a nuestro juicio, se podrían permitir en pro de la verdad.

La legislación civil sí admite esta actuación, dotándola de valor y cierto protagonismo a la hora de encabezar dicha intervención. Así pues, el art. 337. 2 LEC expone lo siguiente: *“Aportados los dictámenes conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, las partes habrán de manifestar si desean que los peritos autores de los dictámenes comparezcan en el juicio regulado en los artículos 431 y siguientes de esta Ley o, en su caso, en la vista del juicio verbal, expresando si deberán exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil para entender y valorar el dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito”*.

5.3.2. Dictámenes de peritos judiciales

La LEC parte del procedimiento para designar al perito estableciendo plazos y formalidades concretas. En principio, se contempla en el art. 339. 2 LEC que, *“Salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda, no se podrá solicitar, con posterioridad a la demanda o a la contestación, informe pericial elaborado por perito designado judicialmente”*. Este precepto nos informa del momento procesal en el que se ha de solicitar la intervención del perito por las partes, debiendo coexistir con la presentación de la demanda o la contestación a la misma. Incluso se establece un *“plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda”* para proceder a la designación judicial de perito *“con independencia de quien haya solicitado dicha designación”* (art. 339. 2 LEC). De todos modos, con el fin de colaborar en el descubrimiento de la verdad, no se cierra en el momento inicial del proceso la posibilidad de recurrir al examen pericial más adelante, si durante el

transcurso del mismo aparecieron motivos que justifiquen la solicitud de una pericial, tal y como se contempla en el art. 339. 2 LEC: *“En el juicio ordinario, si, a consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia, las partes solicitasen, conforme previene el apartado cuarto del art. 427, la designación por el tribunal de un perito que dictamine, lo acordará éste así (...)”*.

En el proceso canónico, en el caso de que la designación de peritos provenga del juez, una vez realizado el dictamen y presentado al Tribunal en el plazo concedido para ello⁷⁷⁵, el juez debe comunicar a las partes su resultado, de modo que éstas *“expongan sus sugerencias, se aclaren algunos aspectos, se tengan en cuenta elementos que no se ven en el dictamen, o que se expliquen con más precisión las conclusiones, etc.”*⁷⁷⁶. Se comprende, por tanto, que después de esta comunicación a las partes y sus respectivas alegaciones o aportaciones será cuando *“el perito puede ser llamado por el juez para que añada las explicaciones que parezcan necesarias”* (c. 1578 § 3 CIC). Esta actuación de dar publicidad al informe pericial y comunicarlo convenientemente a las partes *“constituye un modo de exponer los contenidos y aspectos que el Juez o las partes consideren que deben ser expuestos con mayor precisión, y para informarles de aspectos que pueden ser de más difícil inteligencia”*⁷⁷⁷. No obstante, a pesar de que con anterioridad o posterioridad a la realización de la pericia, una vez conocido el resultado, puedan las partes hacer las oportunas indicaciones o pedir aclaraciones, a fin de cuentas es el juez quien redacta las cuestiones sobre las que debe versar el informe pericial y a las que el perito debe dar respuesta⁷⁷⁸, quien solicita que, tras su realización, comparezca en el tribunal para añadir las explicaciones necesarias.

Si cotejamos lo que ambas legislaciones, civil y canónica, expresan respecto a esta cuestión nos daremos cuenta que la legislación civil se muestra mucho más precisa que la canónica, pues, mientras que la primera detalla el modo en que ha de llevarse a cabo la designación judicial del perito para obtener el dictamen pericial, atendiendo al tiempo y dando razón de la conveniencia de su presentación en un momento procesal y

⁷⁷⁵ c. 1577 CIC: § 3. Después de oír al perito, el juez le fijará un plazo dentro del cual tendrá que efectuar su estudio y presentar el dictamen”.

⁷⁷⁶ GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho Procesal...* o.c., p. 344

⁷⁷⁷ Ibidem.

⁷⁷⁸ c. 1577 § 1 CIC: *“Teniendo en cuenta lo que hubieran aducido los litigantes, el juez determinará mediante decreto cada una de las cuestiones que debe considerar el dictamen de los peritos”*.

su exclusión en otro, la segunda evita señalar plazos y límites en el tiempo, ofreciendo una regulación genérica que habrán de ser concretados en la normativa particular de los tribunales eclesiásticos. No olvidemos que el Código de Derecho Canónico se aplica por igual en toda la Iglesia Universal, donde la diferencia de una nación a otra radica única y exclusivamente en la lengua en que se transmiten dichas disposiciones normativas, previendo que en la aplicación de dichos preceptos, alguno de ellos pueda revestir formas singulares en el desarrollo de una legislación particular que asimismo se muestre en perfecta coherencia con la propia normativa Codicial.

6. Intervención del perito en la ratificación y explicación del dictamen

El art. 346 LEC, en relación a la emisión y ratificación del dictamen del perito, menciona cómo se ha de presentar el dictamen, observando el plazo señalado a tal efecto y posteriormente dando traslado del mismo a las partes. Si se considera oportuno y necesario que el perito esté presente en la vista para poder comprender y valorar mejor el dictamen que ha elaborado, el juez podrá acordarlo de oficio o a solicitud de las partes o del Ministerio Fiscal, conforme a lo establecido en el art. 347 LEC.

Este momento no sólo es importante sino además resulta bastante significativo, porque no sólo se permite a las partes que pidan explicaciones favoreciendo el contradictorio, sino que, a su vez, se puede observar si el juez asume los términos del informe en su totalidad sin confrontarlo o si, por el contrario –y lo más conveniente– se preocupa por recibir las aclaraciones pertinentes para fundamentar su sentencia, de manera que la presencia de las partes se convierta además en una especie de “testimonio” de lo que el perito está diciendo y que luego puede ser plasmado en la resolución judicial.

A la hora de formular preguntas al perito, cabe además que no sólo las partes sino el propio juez de oficio pueda solicitar la repetición o ampliación del dictamen pericial conforme la excepción recogida en el art. 339. 5 LEC y según establece el art. 347. 2 LEC *“El tribunal podrá también formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado, pero sin poder acordar, de oficio, que se amplíe, salvo que se trate de peritos designados de oficio conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del art. 339”*. Además, como destacaremos en las próximas líneas, la normativa civil recoge más detalladamente sobre qué puntos

puede manifestarse la intervención y consiguiente petición de las partes o sus defensores en el examen del perito realizado en el juicio o en la vista.

Así pues, siempre que el tribunal lo admita, *“los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes”* (art. 347. 1 LEC). También depende del juez la posibilidad de denegar *“las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles”* (Ibidem). Por tanto, no se trata de una formalidad que haya de seguirse en el proceso de manera impositiva, sino que su admisión es facultativa por parte del juez.

Una vez aceptada la comparecencia del perito, la Ley indica expresamente en qué términos debe desenvolverse la misma, determinando la pluralidad de opciones y acciones permitidas a las partes o a sus letrados. De hecho, debemos reparar en la expresión *“en especial”*, recogida en el art. 347. 1 LEC y que precede a la lista de estas cuestiones:

1. *“Exposición completa del dictamen, cuando esa exposición requiera la realización de otras operaciones, complementarias del escrito aportado, mediante el empleo de los documentos, materiales y otros elementos a que se refiere el apartado 2 del artículo 336”*. De este modo, perfectamente se podría exigir a los peritos que exhibieran y expusieran los resultados exactos de las pruebas diagnósticas utilizadas, como cuestionarios, test, escalas...
2. *“Explicación del dictamen o de alguno o algunos de sus puntos, cuyo significado no se considerase suficientemente expresivo a los efectos de la prueba”*⁷⁷⁹. Se comprende que este requerimiento ha de provenir de las partes o del juez, dado que el perito, por sí mismo, puede hacer un correlato de lo más significativo pero ignorará qué apartados resultan más ininteligibles para el juez o las partes por el contenido e información más técnica. Por eso, es importante que, sobre todo los letrados de las partes, identifiquen en este momento qué pertenece al ámbito de la discusión propiamente técnica y cuál proviene de las interpretaciones valorativas del perito, pues en este último supuesto será más

⁷⁷⁹ Este es el problema que con mayor frecuencia surge a la hora de conocer los dictámenes de los Equipos Psicosociales, dado que por lo general, estos profesionales (psicólogos y trabajadores sociales) emiten unas valoraciones con carácter de futuro y en muchas ocasiones los hechos de los que parten pueden contener algunos errores. Esto conduce inevitablemente hacia un razonamiento científico-práctico viciado en su origen (Cf. GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., *“El desarrollo de la vista... o.c., p. 489)*.

conveniente que rebata esas conclusiones en el momento en que se permitan las alegaciones finales una vez se de la prueba por practicada.

3. *“Respuestas a preguntas y objeciones, sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen”*. Ciertamente, siguiendo el orden expuesto por la normativa para moderar las actuaciones del perito en la vista, podemos apuntar que sería más conveniente que se procediera antes a manifestar las preguntas y objeciones que por sí mismas podrían derivar en la explicación parcial o total del dictamen. Resulta clave también en esta actuación pedir al perito que se manifieste sobre la credibilidad de las partes examinadas y de los menores, de manera que se pueda validar el grado de veracidad del dictamen conforme lo que ha podido captar el propio perito. Además, este podría constituir un momento muy propicio para contrastar el informe con otros que pudieran arrojar conclusiones contradictorias, de manera que el propio juez pueda presentar cómo se defienden las conclusiones y la base sobre la que se sustentan.
4. *“Respuestas a solicitudes de ampliación del dictamen a otros puntos conexos, por si pudiera llevarse a cabo en el mismo acto y a efectos, en cualquier caso, de conocer la opinión del perito sobre la posibilidad y utilidad de la ampliación, así como del plazo necesario para llevarla a cabo”*. En este caso, se puede manifestar la oportunidad de una ampliación pero siempre sometiéndola a criterio del juez para no prolongar el proceso si no se considera útil ni necesario. Es cierto que el juez pudo concretar el objeto del dictamen de manera tan ajustada que, previendo otra posibilidad, quede fuera de ese objeto y merezca ser ampliado. Por ejemplo, puede ocurrir que habiendo pedido la valoración sobre la conveniencia de atribuir la guarda y custodia exclusiva a uno de los progenitores, se deje entrever cierta inclinación a contemplar la guarda y custodia compartida, lo que implica un cambio en el punto de partida y un análisis sobre unas hipótesis anteriormente no contempladas.
5. *“Crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria”*. Este momento permite una confrontación entre dos especialistas que puede ofrecer una visión clarificadora sobre los aspectos más controvertidos de los dictámenes de ambas partes, en un diálogo sostenido por especialistas en una misma disciplina o materia. La riqueza que aporta esta actuación y la destreza que

puedan manifestar los peritos para defender sus conclusiones puede ya, desde ese momento, influir con determinación en el convencimiento del juez.

6. “*Formulación de las tachas que pudieren afectar al perito*”. Si las posibles tachas no fueron alegadas en un momento procesal anterior, este es el momento para advertir al Juez de que puede concurrir alguna causa que haga desmerecer las conclusiones del perito y así restarles atención.

Esta descripción de las cuestiones que pueden plantearse con motivo de la intervención del perito contribuye a identificar con mayor claridad la intención de los que solicitaron la comparecencia del perito o las razones de fondo para proceder a su citación y posterior interrogatorio. Respecto de la legislación anterior se aprecia un cambio sustancial en la forma de ratificar el dictamen, pues se incorporan como novedad que tanto las partes como sus letrados puedan proceder a la crítica del dictamen por el perito de la parte contraria y la formulación de las tachas, además de la exposición completa del dictamen.

En el ámbito canónico, la posibilidad de reconocimiento del perito en sede del Tribunal, aunque es poco utilizada en la práctica, presenta una oportunidad interesante para verificar que el dictamen cumple las expectativas del juez y de las partes o, por el contrario, no reuniendo las condiciones exigidas, proceda solicitar la práctica de un nuevo examen o la redacción de un dictamen diferente con las anotaciones y observaciones precisas. Esto viene recogido en el c. 1578 § 3 CIC, admitiendo que “*el perito puede ser llamado por el juez para que añada las explicaciones que parezcan necesarias*”⁷⁸⁰. La citación del perito por el juez puede provenir de oficio o a instancia de parte, siempre que se considere necesaria la clarificación de puntos oscuros o dudosos, o el perito deba responder a cuestiones o críticas que puedan haber surgido.

A pesar de que se contempla esta opción, se reconoce con algunas limitaciones. La primera de ellas se refiere a la presencia de las partes en dicho examen, que queda prohibida a tenor del c. 1678 § 2 CIC⁷⁸¹, consintiendo que tan sólo los abogados, el defensor del vínculo y el promotor de justicia, si interviene en el juicio, pueden: “*Asistir al examen de las partes, de los testigos y de los peritos, quedando a salvo lo que*

⁷⁸⁰ La Instrucción *Dignitas Connubii* en el art. 211 añade el adjetivo de “suplementarias” a las explicaciones que parezcan necesarias.

⁷⁸¹ Este canon ha sido derogado por el c. 1677 § 2 del MP MIDI.

prescribe el c. 1559". Dicho precepto al que se hace referencia en el mencionado canon no admite que las partes puedan asistir al examen de los testigos a no ser que, estando en causa el bien privado, el juez considere que deben ser admitidas (Cf. c. 1559 CIC), e incluso extiende esta prohibición a los abogados o procuradores si el juez estima que debe procederse en forma secreta por las circunstancias del asunto o de las personas, aunque acepta su asistencia en condiciones normales. Pero en el propio c. 1678 § 1, 3º CIC⁷⁸² también se establece que las partes no podrán participar en el examen de los peritos, pudiendo afectar esta prohibición también a los abogados si el juez así lo estima, aunque, como hemos visto, sí permite que lo haga el defensor del vínculo, lo que crea una discriminación desfavorable y ofensiva para los abogados⁷⁸³ y, en parte, puede llegar a poner en tela de juicio la cobertura y garantía del derecho de defensa de las partes implicadas.

No obstante, a pesar de esta posible prohibición para los abogados, en situaciones normales éstos podrán acudir y presenciar el examen del perito, así como formular –previa solicitud al juez– las cuestiones que consideren que necesitan una mayor explicación o interpretación técnica. Incluso, aunque nada se dice en la normativa, si los abogados no asisten al examen del perito, entendemos que perfectamente podrán informar por escrito al Tribunal de su intención de clarificar los elementos menos evidentes. Esta posibilidad aparece tras la publicación de la causa, momento procesal de gran importancia, porque las partes (en la figura de los abogados que defienden y representan sus intereses en el juicio y les asisten técnicamente) pueden acceder a las actas que muestran el itinerario seguido en la práctica de las pruebas con sus respectivos resultados.

La prueba pericial forma parte del conjunto de medios probatorios que son objeto de publicación una vez concluido el periodo de instrucción (c. 1598 CIC), y por tanto, el dictamen de los peritos se pone en conocimiento de las partes, a quienes se reconoce el derecho de comunicar al juez su disconformidad por el dictamen –oposición que siempre ha de fundarse en argumentos coherentes y razonables–, si se demuestra que el perito ha emitido su informe vulnerando las condiciones fijadas para cumplir el encargo confiado. De este modo, nuevamente se prevé una actuación de oficio por parte del juez o a instancia de parte para solicitar que, sobre el dictamen pericial emitido, el

⁷⁸² Este canon ha sido derogado por el c. 1677 § 1 del MP MIDI.

⁷⁸³ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *La Instrucción "Dignitas Connubii ... o.c.*, p. 188.

perito responda a interrogantes que haya generado su insuficiente valoración o se requiera que proceda a repetir el informe pericial recordándole las cuestiones que debe considerar. Así pues, del análisis extrínseco (metodología) e intrínseco (hipótesis diagnóstica) el juez puede obtener razones suficientes que justifiquen la repetición de la pericia.

Esta valoración de la pericia (distinta a la que corresponderá en el momento de la decisión final) ha de ser previa a la emisión del decreto de conclusión de la causa⁷⁸⁴. Y, dado que la praxis actual viene dejando en manos del juez instructor la revisión de la pericial y la decisión de convocar al perito, se recomienda que el colegio de jueces sea convocado para realizar esta valoración, de modo que se convierta éste en el momento propicio para resolver algunos problemas relativos a los fundamentos fácticos y técnicos de la pericia que pudieran presentarse posteriormente en el momento de la decisión, y así evitar retrasos que se originaran con motivo de estos problemas.

En ocasiones la problemática planteada en la elaboración de la pericia (reflejada posteriormente en el dictamen pericial) se debe a que el perito tomó como punto de partida datos que no quedaron suficientemente demostrados en el proceso, creando una situación peculiar que requiere una verificación específica⁷⁸⁵. También ocurre frecuentemente que los peritos parten de hechos que no constan en los autos, dado que de la entrevista con el periciado y el posterior examen personal han podido obtener y recabar datos que enriquecen significativamente la declaración judicial del sujeto⁷⁸⁶. Otra cosa será delimitar la naturaleza y el carácter de esos datos, pues si se trata de hechos fundamentales, quizá convenga volver a convocar a la parte a quien se atribuyen esas circunstancias o a cualquier otro testigo que pueda confirmar o responder de los datos no recogidos previamente.

Por otro lado, si tras el correspondiente examen de las actas surge la necesidad de probar lo que se afirma con la presentación de una prueba supletoria o sobre la que ya se practicó interesa hacer precisiones o responder a cuestiones abiertas, es el

⁷⁸⁴ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *Diritto Processuale...* o.c., p. 456.

⁷⁸⁵ Cf. Ibidem.

⁷⁸⁶ Algunos autores niegan la fiabilidad de las conclusiones periciales que se fundan en hechos que no constan en autos. Sin embargo, a pesar de que esta postura está muy extendida, hay intentos de aceptar que el perito pueda descubrir hechos que no salieron a la luz en la declaración de la parte en sede del Tribunal y que por su importancia hayan de tenerse en cuenta (Cf. ARROBA CONDE, M.J., *Diritto Processuale...* o.c., p. 456).

momento de manifestarlo ante el Juez, solicitando un plazo para que pueda llevarse a caso la modificación o aclaración de pruebas ya practicadas o la inclusión de nuevos elementos probatorios. Hay que reparar en el hecho de que en este tipo de procesos la decisión judicial recae sobre algo que afecta a la esfera íntima y al mismo tiempo social de dos personas. No se trata, pues, de lugares o cosas que pudieran ver alterado su estado o naturaleza, pero sí de sujetos cuyas circunstancias pueden cambiar.

Este momento del reconocimiento del perito por el juez puede resultar imprescindible, además de conveniente, para eliminar cualquier signo de servilismo del juez frente a la erudición del perito, así como para superar el escepticismo injustificado frente a una metodología y unos resultados que no son familiares para el juez. En este momento el juez debe preguntar todo lo que considere oportuno sobre los métodos o instrumentos utilizados en la elaboración del dictamen pericial, porque una valoración de las técnicas utilizadas en el momento mismo en el que los jueces han de aportar su voto para llegar a una decisión es del todo improcedente⁷⁸⁷.

Junto a esto interesa mencionar que nada se dice, más allá de las explicaciones que haya de dar el perito (c. 1578 §3 CIC) sobre si el juez o las partes pueden solicitar la repetición de la pericia o su ampliación. Y, aunque se entienda que nada obsta para autorizarlo, convendría que esta posibilidad viniera contemplada por escrito al menos como un derecho en el que las partes pueden apoyarse para hacer valer su derecho de defensa, sobre todo en aquellos casos en los que el juez, ante la ausencia de un precepto en contrario, decida continuar con el proceso sin reparar en estos detalles ni atender a la petición de las partes de reiterar la pericia. De hecho, si el propio juez considera que podría obtener más datos de la pericia –porque no tiene la seguridad de que dicha pericia responda a lo que se necesita para dilucidar la causa– y ésta no se los aporta, es bastante improbable que prescinda de ella sin agotar antes otras posibilidades para enmendarla. Al menos, se espera que en la práctica obre así siguiendo los dictados de su propia conciencia y en aras a descubrir la verdad.

También se desconoce cómo proceder si fueran varios los peritos llamados a concurrir delante del juez y hubiera discrepancias entre ellos. Una solución podría ser la de acudir al art. 165 §2 DC, donde a pesar de que prime el examen por separado de cada

⁷⁸⁷ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *Diritto Processuale...* o.c., p. 457. En la fase conclusiva sólo se ha de admitir una puesta en común de los presupuestos de la causa y de los pareceres de los jueces desde la certeza moral alcanzada, de modo que adopten en conjunto una resolución justa.

perito conforme al párrafo 1, en caso de disentir en una cuestión grave “*el juez puede realizar un careo entre los discrepantes, evitando, en la medida de lo posible, las disputas y el escándalo*”. No obstante, también cabría la posibilidad de que, a tenor del art. 203 DC, nombrara a un nuevo perito para dirimir la controversia surgida en los dictámenes periciales o que ejerciera de *peritior*, de manera que sirviera para corregir la metodología o las conclusiones que pueden encontrarse erradas.

Otra de las cuestiones controvertidas radica en que el perito privado no puede acceder a los interrogatorios de los peritos públicos ni pueden examinar los informes de estos porque así lo aclaró la Comisión de reforma del Código de Derecho Canónico⁷⁸⁸, pero tampoco se dice nada de esto en la normativa codicial ni en la Instrucción *Dignitas Connubii*. Es más, dado el amplio margen de intervención que ya tiene el perito privado una vez ha sido autorizado por el juez, no se justifica realmente que no pueda tener acceso al dictamen pericial y participar en el interrogatorio de los peritos públicos, al menos como oyente, si su misión es primordialmente la de asesorar a las partes. De hecho, esto no tiene por qué implicar una participación activa ni que tampoco su dictamen haya de ser debatido, pero de admitir esta figura en el proceso se podrían ampliar sus facultades sin menoscabo de la imparcialidad y objetividad del perito público y sin que se dañara la privacidad y reserva que se observa en este tipo de procesos.

Pese a que más o menos se salvan estas deficiencias con la remisión a otros cánones o artículos, seguimos insistiendo en la imperiosa necesidad de reformar el apartado dedicado a los peritos y dar soluciones concretas a la problemática que pueda surgir, evitando que sean los jueces los que terminen interpretando el sentido de los cánones, provocando una aplicación desigual.

7. Valoración de la prueba pericial

Llegado el momento de cerrar la fase de instrucción, en las alegaciones de las partes se produce una primera valoración de las pruebas practicadas en relación al mérito de la causa y se deduce una primera impresión sobre el convencimiento que hayan podido generar. Veremos cómo tanto en los procesos matrimoniales civiles⁷⁸⁹

⁷⁸⁸ Cf. *Communicationes*, 11 (1979) p. 124.

⁷⁸⁹ Esto supone una excepción dentro de la tramitación del juicio verbal en atención a la peculiaridad de los procesos matrimoniales. Así pues, una vez practicadas las pruebas las partes

como en los procesos canónicos rige el trámite de alegaciones para que los abogados de las partes puedan presentar ante el Juez o el Tribunal sus respectivas conclusiones, de manera que se les permita plantear una primera valoración de los resultados obtenidos de las pruebas. Pero posteriormente debe ser el Juez o el Colegio de Jueces quienes valoren las pruebas en su conjunto y exhaustivamente, verificando que, a su vez, las pruebas hayan podido servir para la finalidad a la que estaban destinadas. Por tanto, *“el fin de la valoración de la prueba es precisar el mérito que ella pueda tener para formar el convencimiento del juez o su valor de convicción, que puede ser positivo si se obtienen, o, por el contrario, negativo si no se logra. De manera que gracias a la valoración podrá el juez conocer si en ese proceso la prueba ha cumplido su fin propio, si su resultado corresponde o no a su fin. Pero en ambos casos la actividad valorativa ha cumplido por su parte el fin que le corresponde”*⁷⁹⁰.

En el proceso la clave se encuentra en acreditar los hechos que fundamentan las pretensiones de las partes a través de la práctica de las pruebas con las garantías constitucionales y según establece la ley procesal. La valoración de la pericia supone la determinación del grado de convencimiento del juez tras su práctica. Por eso es necesario considerar para qué es necesaria y cuál es su sentido ya desde la admisión así como su valor. Pero pese a la importancia que pueda revestir la prueba pericial según qué casos, es una prueba más entre otras que se practiquen y el juez no se encuentra vinculado a ella, correspondiéndole a él, exclusivamente, su valoración.

Ciertamente, el juez debe valorar todas las pruebas que se practiquen en el proceso, examinando todas y cada una de ellas en su conjunto, pues de haberlas admitido al momento de presentarlas, las partes tienen derecho a que no sean ignoradas⁷⁹¹ y aporten luz a la decisión que el juez deba adoptar. Pero esto no significa, en modo alguno, que la valoración conjunta imposibilite que el juez dé más relevancia

pueden formular sus conclusiones oralmente, de forma clara, ordenada y concisa. Se procederá a resumir las pruebas practicadas sobre los hechos alegados y el resultado de las mismas, acompañando una exposición o argumentación jurídica en la que vengán a apoyar sus conclusiones. El juez puede conceder a las partes la palabra las veces que estime conveniente si con las conclusiones expuestas por las partes no se considera suficientemente ilustrado (Cf. LACALLE SERER, E., Y SANMARTÍN ESCRICHE, F., *Protocolos sobre procesos matrimoniales*, Valencia, 2010, p. 107).

⁷⁹⁰ DEVIS ECHANDÍA, H., *Contenido, naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial*, en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal”, 1 (1996) p. 27.

⁷⁹¹ Cf. ZUBIRI DE SALINAS, F., “Valoración de la prueba pericial”, en: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2006, p. 230.

acreditativa a una prueba frente a otra, sobre todo cuando estas se puedan mostrar contradictorias. De hecho, si existe más de una pericia y los resultados se oponen, es evidente que el juez deberá decantarse por una de ellas y excluir la otra, exponiendo las razones que le han llevado a realizar esa elección.

7.1. La “sana crítica” como criterio de valoración en los procesos matrimoniales civiles y canónicos

La valoración de la pericia se rige, según la redacción del art. 348 LEC, por el principio de libre apreciación conforme a las reglas de la sana crítica. Se supera así la determinación de prueba tasada que encorsetaba la decisión del juez y se le ofrece a cambio que pueda someter a los dictados de su conciencia y sabio entender el valor que ha de otorgar a la pericia desde la imparcialidad y la racionalidad⁷⁹².

El ejercicio de la jurisdicción en los procesos matrimoniales conlleva determinar cuál es el derecho para cada supuesto concreto en base a los hechos que se han admitido y acreditado, generalmente relacionados con el régimen de guardia y custodia (exclusiva, alternada⁷⁹³ o repartida), de comunicaciones, estancias y visitas y cualquier modificación que se propusiera sobre decisiones adoptadas sobre estas materias. Y esos hechos se deben comprobar y fijar a partir del análisis valorativo de las pruebas practicadas.

Las reglas de la sana crítica han sido definidas por parte de la doctrina y la jurisprudencia como “*la lógica interpretativa y el común sentir de las gentes*”⁷⁹⁴, y descritas como el “*razonar humano*”⁷⁹⁵, el “*criterio humano o lógico*”⁷⁹⁶, “*la lógica*

⁷⁹² Traemos a colación la afirmación de que “*la afinación del instrumento de la prueba pericial no radica en la libertad con que el tribunal ha de enfocarla, sino en la capacidad crítica para su acertada valoración*”, dado que a veces se tiende a confundir la discrecionalidad del juez con una ausencia de juicio crítico y reflexión lógica (Cf. DÍAZ FUENTES, A., *La prueba...* o.c., p. 279).

⁷⁹³ Utilizamos este término por considerar que es el que mejor define y representa el régimen de distribución de la guarda y custodia cuando ambos progenitores se reparten los periodos de permanencia con los hijos de manera equitativa, pues el término “compartido” significa que la relación es simultánea y la acción se desarrolla de manera conjunta, lo que no ocurre tras la separación de los progenitores, cuyo distanciamiento no sólo sentimental sino principalmente físico obliga a mantener un régimen de alternancia de un tiempo con uno y otro tiempo con el otro (Cf. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Sobre la disponibilidad... o.c., pp. 61-62).

⁷⁹⁴ Cf STS 0198/1994, de 4 de marzo (ROJ STS 1442/1994).

⁷⁹⁵ Cf. STS 29 de enero de 1991 (ROJ STS 422/1991).

⁷⁹⁶ Cf. STS 801/1004, de 28 de julio (ROJ STS 5774/1994) y STS 798/1999, 30 de julio (ROJ STS 5493/1999).

plena”⁷⁹⁷, “las más elementales directrices de la lógica humana”⁷⁹⁸, el “logos de lo razonable”⁷⁹⁹ o el “raciocinio humano”⁸⁰⁰, entre otros. Aún así, estos conceptos no parecen convencer sobre cuáles son, en realidad, las reglas de la sana crítica. De hecho, aunque se habla de valorar la prueba pericial en el conjunto de las pruebas y en relación con las otras practicadas no se explican cuáles son esos criterios.

Al juez se le va a pedir que valore la prueba pericial en conjunto con el resto de las pruebas, algo en lo que concuerdan ambas legislaciones sometidas a nuestro estudio: “el juez ha de ponderar atentamente no sólo las conclusiones de los peritos, aunque éstas sean concordes, sino también las demás circunstancias de la causa” (cf. c. 1579 §1 CIC y art. 212 §1 DC) y “El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica” (cf. art. 348 LEC). El presupuesto del precepto eclesiástico define claramente los parámetros de actuación del juez, que no tiene por qué quedar vinculado a las conclusiones de los peritos, evitando así un sometimiento incondicional a su parecer⁸⁰¹ y reforzando, por tanto, su autonomía decisoria y su discrecionalidad.

Ahora bien, cuando el precepto civil alude a las “reglas de la sana crítica” está poniendo de manifiesto que se ha de evitar caer en la arbitrariedad y negar valor o fuerza probatoria a un elemento que justifique plenamente su trascendencia en la demostración de los hechos controvertidos. En todo momento debe operar la prudencia jurídica y el juez debe hacer una valoración crítica de la pericia, de manera que tanto si acepta las conclusiones de los peritos como si no lo hace, habrá de expresar con fundamento las razones que le han llevado a ello⁸⁰² en base a la metodología utilizada para interpretar, contrastar y enjuiciar los dictámenes periciales⁸⁰³. No procede, por

⁷⁹⁷ STS 8 de mayo de 1995 (ROJ STS 10993/1995).

⁷⁹⁸ STS 13 de febrero de 1990 (ROJ STS 13394/1990).

⁷⁹⁹ Ibidem.

⁸⁰⁰ STS 10 de diciembre de 1990 (ROJ STS 11086/1990).

⁸⁰¹ Cf. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La prueba pericial...* o.c., p. 323.

⁸⁰² Sirva la referencia de la STS de 6 de marzo de 1995 (ROJ STS 1303/1995), donde se insta a informar sobre las razones que justifican la decisión adoptada, pues de lo contrario estaremos “ante un discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico”.

⁸⁰³ Cf. OLMOS ORTEGA, M. E., “Valoración crítica de la pericia”, en: PÉREZ RAMOS, A.-RUANO ESPINA, L., (Coords.), *La prueba en los Procesos de Nulidad matrimonial. Cuestiones de actualidad en Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico. Jornadas de la Asociación Española de Canonistas (XXII)*, Salamanca, 2003, p. 523.

tanto, aceptar de manera automática la pericia sin haberla valorado críticamente, todo ello contrastado con datos, hechos, actitudes o comportamientos graves.

Incluso, aunque se hubiera presentado un solo dictamen pericial, el juez puede llegar a hacer suyas las conclusiones si los resultados le convencen o prescindir de sus conclusiones para fundamentar su resolución razonando por qué no lo ha considerado, siempre justificando su decisión de forma motivada. En la motivación que realice el juez se encuentra la salvaguarda del derecho de las partes a obtener una decisión judicial fundada.

Cuando el juez se encuentra en los procesos de familia con más de un dictamen pericial (contando con que se equipara el dictamen de especialistas del equipo psicosocial y se une al total de todos ellos), los resultados pueden ser divergentes y llegar a conclusiones valorativas diferentes, de manera que el juez ha de exponer en cuál de ellos apoya su convencimiento y si este es parcial o total⁸⁰⁴. El juez no tiene por qué poseer un conocimiento pleno en psicología, psiquiatría o medicina para legitimarle a prescindir de un dictamen o a criticarlo. Puede hacerlo y debe hacerlo siempre que no le reporte evidencias y solidez para sostener sus argumentos, pues el hecho de desconocer algunos aspectos más técnicos de la materia tampoco implica una vinculación automática con el contenido del dictamen, como si se tratara de mostrar una confianza ciega.

Ciertamente, la valoración de la prueba pericial no sólo procede cuando el juez deba pronunciarse al término del proceso, sino que realmente, cuando se emite el dictamen y se somete al perito a las preguntas de las partes pidiendo aclaraciones o que fije más exactamente las conclusiones a las que ha llegado⁸⁰⁵, se constata que es ésta

⁸⁰⁴ Es fundamental que ante dos o más informes periciales, el juez estudie con detenimiento sus coincidencias y diferencias, comparando las bases fácticas de cada uno, la metodología empleada, las fuentes que les han procurado los datos, el grado de coherencia y el rigor científico (Cf. CASTAÑO PENALVA, A., “Los medios de prueba en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y su incidencia en los procesos matrimoniales”, en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA. *Los procesos matrimoniales (En la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*, Madrid, 2000, p. 153).

⁸⁰⁵ Es importante recalcar que el juez no puede limitarse a observar el diálogo entre el perito y las partes cuando le pidan explicaciones, sino que él mismo ha de instar al perito a que le informe sobre el método científico que ha aplicado, si los resultados los ha comprobado, las conclusiones a las que ha llegado y las alternativas (Cf. ZUBIRI DE SALINAS, F., “Valoración de la prueba... o.c., pp. 241-242).

una oportunidad única para el juez, en aras a asentar todos los detalles que le permitan adquirir solvencia en la comprensión del dictamen y en su interpretación.

En los procedimientos de familia en el orden civil no se expresan las bases que pueden servir al órgano juzgador para valorar la prueba pericial, sino que habrá de ser el juez el que, en función de su propio criterio y con prudencia, examine los razonamientos de los peritos. Aunque no estén definidas estas reglas orientativas, podemos hacer un esfuerzo para esbozar aquellos presupuestos que el juez debe tener en cuenta a la hora de valorar la pericia.

Aunque el juez puede adoptar una decisión que sea contraria a lo que puede deducir, concluir o recomendar el informe pericial, en los procesos de familia se advierte que éste influye bastante en la resolución judicial. Fundamentalmente, de lo que se deduce de la actividad jurisprudencial más reciente, es que uno de esos criterios de valoración lo pone de manifiesto el “interés del menor” o aquello que tienda a beneficiarlo por encima de los intereses de los progenitores. De este modo, aunque el juez haya podido realizar una exploración del menor y haberlo interrogado él mismo conociendo por este medio algunos detalles significativos, un examen pormenorizado que entronca en la realidad personal, familiar y social del menor desde la evaluación de sus conductas y su personalidad puede ser valioso y revelador pero no por ello trascendental, hasta el punto de que eclipse otras actuaciones probatorias.

En la STS 154/2012, de 9 de marzo⁸⁰⁶, a la hora de referirse a los criterios que han de valorarse en la atribución de la guardia y custodia compartida se remitía a lo que unos años antes había sostenido la STS 623/2009, de 8 de octubre⁸⁰⁷, admitiendo que *“(...) el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta”*. Aunque, bien es verdad, que se han ido identificando algunos extremos que ya hemos ido mencionando en este trabajo y que conducen al juez a una mejor y más acertada resolución.

⁸⁰⁶ ROJ STS 154/2012, de 9 de marzo (ROJ STS 1845/2012).

⁸⁰⁷ ROJ STS 623/2009, de 8 de octubre (ROJ STS 5969/2009).

Dentro de esos elementos que puede barajar el juez a la hora de ponderar y valorar la prueba pericial en los procesos de familia, destacan los siguientes:

1.- La titulación del perito o la cualificación en la materia en la que interviene, y para ello habría que atender a la procedencia del perito y al ámbito concreto (público o privado) en el que se enmarca el ejercicio de su profesión⁸⁰⁸. Nos sentimos obligados a mencionar la problemática de los dictámenes psicosociales porque de hecho se utiliza indistintamente el término de prueba pericial para referirse a ellos o a los que proceden de un experto externo al juzgado. De hecho, la alusión al término “pericial judicial” que hemos encontrado en alguna sentencia⁸⁰⁹ para referirse al informe del equipo psicosocial revela que no hay unidad ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, pues la procedencia de estos dictámenes se interpreta de manera muy relativa y a veces hasta confusa.

Pese a reconocer que cada vez son más los jueces que incorporan en sus resoluciones las conclusiones y recomendaciones íntegras de los equipos psicosociales, se debería revisar si esta valoración se está alejando de la comparativa con otros datos y medios de prueba y si, por tanto, al final, de la libre valoración de la prueba se está pasando a consolidar una práctica que bien parece otorgar un valor tasado con una aquiescencia casi automática. Tal es el caso de la STS 745/2012, de 10 de diciembre⁸¹⁰, que, refiriéndose a la impugnación de la prueba psicosocial, considera que el cauce escogido para impugnarla no es el adecuado, añadiendo que *“la valoración de la prueba del informe de los equipos psicosociales debe ser asimilada a la de los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equiparada al informe pericial”*⁸¹¹. Por tanto,

⁸⁰⁸ La experiencia y la especialización en un área concreta garantiza que el nivel de acierto en las conclusiones sea mayor. Si a los operadores jurídicos (letrados, jueces...) se les viene a pedir una formación amplia en esta disciplina, también los técnicos que intervienen como peritos en el ámbito de familia han de demostrar que no sólo les avala una titulación sino también un ejercicio prolongado en el tratamiento de estos asuntos.

⁸⁰⁹ Concretamente, nos referimos a la STS 154/2012 de 9 de marzo (ROJ STS 1845/2012), que menciona “habiéndose practicado pericial judicial por la psicóloga Susana, de sus conclusiones así como de las respuestas proporcionadas en el acto de la vista ante las preguntas formuladas por S.Sª (...)”. Y más adelante alude a las dificultades que entre los progenitores que destaca el Informe psicosocial.

⁸¹⁰ ROJ STS 8030/2012.

⁸¹¹ Añadía además esta Sentencia, haciendo extensivo lo que para los informes periciales se establecía en la LEC, que *“la STS 660/2011, de 5 de octubre, dijo que el juez debe valorar los informes periciales de acuerdo con lo que dispone el art. 348 LEC. De este modo, solo cuando dicha valoración no respete “las reglas de la sana crítica”, podrá impugnarse, pero no es*

reiteramos la urgencia de definir qué naturaleza jurídica tienen estos informes y promover una regulación para que estos puedan ser valorados sin arbitrariedad y holgura –aprovechando el vacío legislativo– sino que sean sometidos a una valoración íntegra de todos los elementos que componen el dictamen pericial.

2.- Los datos recabados por el experto. Sobre este punto, aunque se deban analizar los dictámenes de peritos privados y peritos judiciales en plano de igualdad⁸¹², se ha de tener en cuenta si los datos de la pericia privada se encuentran parcialmente abordados o incompletos, la fijación de esos hechos puede encontrarse viciada y fragmentada, de modo que poco servirían unos hechos que resultan inciertos.

3.- Las operaciones y actividades orientadas a recabar esa información, así como los métodos utilizados, algo que no puede pasar desapercibido para el juez. Las ciencias utilizadas en los procesos de familia no resultan sencillas de asimilar y es difícil que el juez pueda poseer un conocimiento más o menos profundo de la materia. Ahora bien, basta con un acercamiento superficial que le permita reconocer la metodología apropiada que se debe utilizar en este tipo de pericias y que le ayude a situar el valor que debe otorgarle en base a la adaptación de los métodos a los estándares que se encuentren definidos.

4.- La estructura y esquema que del dictamen pericial, los puntos que integra, el lenguaje de fácil comprensión para el juez y la explicación de teorías o términos más técnicos. El dictamen deberá ser detallado y guardar una lógica y coherencia interna en su redacción.

5.- La concordancia entre el objeto del dictamen y su contenido, pues es la forma de que el juez pueda comprobar si el juez se ha extralimitado en sus funciones y ha terminado formulando conclusiones jurídicas⁸¹³.

aceptable la sustitución de la estimación efectuada por el juez por la realizada por el recurrente”.

⁸¹² Para la valoración de la prueba pericial en general las reglas de la sana crítica se han de aplicar por igual a los dictámenes de parte y judiciales, sin que uno reclame más importancia que el otro, pues independientemente de que el que haya sido escogido por la parte pueda ser más controlado en su resultado, lo que realmente importa es “*la objetividad del resultado que se deduce de los diversos criterios o máximas de experiencia*” (FJ 4º de la SAP Baleares 420/2006, 3 de octubre, Roj SAP IB 1942/2006).

⁸¹³ Esta es la problemática surgida con los informes de los equipos psicosociales, dado que en muchos de ellos y desde las recomendaciones que hacen, terminan defendiendo o proponiendo directamente el régimen y las medidas concretas que el juez debería adoptar.

6.- Que, ante varios dictámenes, exista una mayoría coincidente o que varios secundan unos resultados similares que contradicen el de uno sólo, puede ser indicativo de la objetividad del resultado obtenido, pero no siempre puede ser un criterio irrefutable que impida al juez pronunciarse en sentido contrario a todos ellos siempre que lo justifique convenientemente.

7.- Por último, el interrogatorio de los peritos en la vista solicitado tanto por las partes (cf. art. 338.2 LEC) como de oficio (art. 346 LEC) independientemente de que sea en relación a los dictámenes de parte como a los de designación judicial, facilita la exposición de razonamientos pronunciados verbalmente y facilitar así el contradictorio y la crítica de otros dictámenes.

Ante la posibilidad de que el juez pueda apartarse de las conclusiones del profesional técnico, algún autor ha considerado que es paradójico que pida su parecer y luego no se apoye en él⁸¹⁴. Al respecto, hemos de decir que esta aseveración resulta muy desacertada teniendo en cuenta que el juez valora la prueba libremente y no tiene por qué asumirla sólo por el hecho de que haya sido él quien la haya solicitado, viéndose condicionado a aceptar sus resultados sin más. Además, es lo más lógico que, si en el supuesto concreto pesan otras circunstancias que obligan a prescindir del contenido del dictamen y se imponen de manera contundente. Tal es el caso de la SAP de Les Illes Balears, 554/2000, de 28 de septiembre⁸¹⁵, que vino a considerar el criterio derivado del dictamen como algo ideal pero ciertamente utópico, basándose no sólo en la tirante relación de los progenitores (sustracción, incidentes en la interpretación de las medidas cautelares, etc.), sino en que cada uno residía en un país diferente, de modo que aunque el dictamen psicosocial establecía la custodia compartida como la mejor solución en beneficio del menor y la aconsejaba, el requisito de la proximidad del domicilio de ambos progenitores hacía inviable esta solución.

Por último, cabe anotar que el art. 752 LEC no hace alusión a ninguna norma especial en relación a la valoración de la prueba pericial en los procesos especiales de familia aunque sí manifiesta –siendo aplicable tanto a primera como a segunda instancia– que el juez no quedará vinculado por la conformidad de las partes sobre los

⁸¹⁴ Cf. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J., “Los medios de prueba... o.c., p. 100.

⁸¹⁵ Roj SAP IB 2756/2000.

hechos ni tampoco podrá decidir la cuestión litigiosa basándose en la conformidad o el silencio (Cf art. 752.2 LEC).

Atendiendo a la valoración de la pericia en la normativa canónica, a simple vista parecería que muestra una consideración mayor por la prueba pericial al exigir en el c. 1579 §2 CIC que “*cuando exponga las razones de su decisión (el juez) debe hacer constar por qué motivos ha aceptado o rechazado las conclusiones de los peritos*”. Pero por si quedara alguna duda, se recuerda en el párrafo anterior que la pericia debe valorarse junto a las demás circunstancias de la causa, lo que excluye que se le deba otorgar un valor desmesurado. Ciertamente, el juez estima el valor probatorio de la pericia según la fuente o el origen de la misma, pues, como ya indicamos, no tendrá el mismo valor la pericia procedente de perito público que la de perito privado, pese a que han sido muchos los pasos que se han dado a favor de otorgarles un reconocimiento probatorio.

No obstante, el juez eclesiástico no puede asumir y aceptar las conclusiones del perito irreflexivamente y de manera automática, sino que, en base a lo dispuesto en el c. 1608 §2, la certeza moral⁸¹⁶ debe haberla conseguido “*de lo alegado y probado*” y asimismo, deberá “*valorar las pruebas según su conciencia, respetando las normas sobre la eficacia de ciertas pruebas*” según completa la redacción del párrafo 3 del mismo canon. Es importante que las premisas de las que parta el juez no sean dudosas y de las mismas se suceda una conclusión indiscutible, pues debe obtener un conocimiento cierto de los hechos que se someten a su decisión.

Para esta valoración no encontramos ni en la normativa codicial ni en la Instrucción *Dignitas Connubii* unos referentes para valorar la pericia, de manera que el juez pueda apoyarse en unos criterios a modo de guía. No obstante, a lo largo de estos años, tanto la doctrina como la jurisprudencia han ido dibujando cuáles son las reglas que han de observarse para ponderar las conclusiones de los peritos. Se estima, así, que el juez ha de llevar a cabo su discernimiento acogiéndose a los siguientes parámetros:

1.- La condición de imparcialidad del perito y la emisión del dictamen con objetividad es el punto de partida para valorar la pericia, porque el perito no puede enfocar su dictamen en beneficio de una parte en contra de la otra, sino que su

⁸¹⁶ La certeza moral es aquella que excluye toda duda fundada o razonable sobre el hecho en cuestión, eliminando a su vez la probabilidad de su contrario, aunque no la posibilidad (Cf. Com. c. 1608 en: PROFESORES DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico...o.c.*, p. 927).

intervención ha de ser totalmente neutra y libre de cualquier influencia, verificando así su credibilidad⁸¹⁷.

2.- Las fuentes de las que se ha obtenido el conocimiento de los hechos revelan el peso de la información facilitada y también si la misma es más o menos completa. Así, en la pericia ordinaria, el perito no sólo habrá contado con unos documentos donde se reflejan los hechos sino que ha podido apreciarlos por sí mismos a través del examen personal del sujeto periciado, mientras que en la pericia extraordinaria practicada sólo sobre los autos, la información puede encontrarse más restringida y ser más escasa. La proporción de los datos manejados es diferente en una y otra pericia, de manera que la primera se presentará con un valor probatorio algo mayor que la segunda, pese a que ésta pueda ofrecer una fiabilidad plena por la naturaleza de esas fuentes y el trabajo del perito a la hora de presentar sus conclusiones perfectamente razonadas.

3.- El juez debe valorar el nivel de certeza de los hechos sobre los que se apoyan las conclusiones del dictamen pericial y comprobar que esos hechos aducidos sean verdaderos, jurídicamente probados e indiscutidos⁸¹⁸. Pero, para valorar esta certeza, deberá recurrir a cómo se han presentado y abordado estos hechos en los restantes medios probatorios y si entre todos ellos existe una coherencia. Verificada esta conexión, será necesario que el juez examine en qué medida el dictamen del perito procede del relato de estos hechos considerados ciertos. De constatarse su falsedad, las conclusiones del perito no tendrían valor alguno y el juez bien podía rechazar sus razonamientos y conclusiones.

4.- Dentro de la metodología utilizada por el perito sería interesante que el juez llevara a cabo una especie de examen de las técnicas utilizadas y los instrumentos manejados para confirmar que son fiables y pertinentes, de manera que pudiera conocer si esas conclusiones proceden de teorías aceptadas dentro de la comunidad científica a la que pertenece y si se apoyan sobre una base sólida. Esto no quiere decir que el juez haya de erigirse en perito del perito, pero se espera que tenga la experiencia y formación

⁸¹⁷ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., “Sentido de la prueba en el derecho matrimonial canónico”, en: AA.VV., *La prueba en los procesos de nulidad matrimonial. Cuestiones de actualidad de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico. XXII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas*, Salamanca, 2003, p. 42.

⁸¹⁸ Cf. LÓPEZ ZARZUELO, F., “La valoración por parte del juez eclesiástico de las pericias psicológicas y psiquiátricas en las causas de nulidad de matrimonio”, en: AA.VV., *Curso de Derecho Matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro (XIII)*, Salamanca, 1997, p. 373.

suficiente como para no dotar de validez a un informe pericial en función de quien lo emitió o no ser capaz de reconocer cuando se utilizaron métodos inadecuados⁸¹⁹.

5.- El juez debe comprobar que a las premisas que se marcaron para la elaboración del dictamen siguen unas conclusiones que se insertan dentro de esos límites prefijados. El perito ha de ceñirse al momento y circunstancias que se pretenden valorar pero no puede extenderlo a otros ámbitos, pues se estaría apartando del objeto determinado para la elaboración de la pericia. De hecho, la valoración de la pericia entraña también la observación de cómo ha abordado el perito las cuestiones formuladas por el juez, de oficio o a propuesta de las partes: si ha ofrecido una respuesta concluyente, si ha respondido con evasivas, si las conclusiones afloran sin un hilo conector respecto a un análisis precedente o si ha ido más allá de lo que le correspondía abordar.

6.- En relación a la capacitación e idoneidad del perito, al exigirle que debe seguir los principios de la antropología cristiana (art. 205, 2 DC), el juez debe valorar que este rasgo se encuentre presente en las conclusiones del dictamen pericial y no se aparte de este planteamiento. Si la pericia versa sobre un objeto específico y en función del mismo se elige al perito experto en esa materia, éste debe ser conocedor de la naturaleza propia de ese objeto (en este caso el matrimonio) para elaborar así un dictamen adaptado a las exigencias de su propia esencia.

7.- La valoración de la pericia no sólo ha de atender a las conclusiones vertidas en el dictamen pericial elaborado por escrito, sino que también será objeto de valoración la defensa que el perito haga de sus conclusiones ante el juez y la forma de presentarlas: con claridad, precisión, determinación, seguridad, respeto hacia el perito contrario en caso de confrontación de dos periciales y sobre todo, si se aprecia una solvencia científica a la hora de manejar las hipótesis, presentar las evidencias y encuadrarlas en el perfil con el que se ha identificado.

⁸¹⁹ Cf. ARCH MARIN, M., “Valoración judicial de la pericial...” o.c., p. 175.

7.2. La influencia del modo de designación del perito en la valoración de la prueba pericial

La apreciación de las pruebas por parte del juez es el momento determinante en el proceso para alcanzar una unidad y coherencia entre la sentencia y la justicia. Por eso, en la valoración de las mismas será imprescindible acudir al grado de imparcialidad que puedan contener los dictámenes.

A pesar de que se parte de la premisa de que los informes de parte y los de perito judicial han de ser valorados por igual, ciertamente es un hecho constatable que los tribunales otorgan mayor valor probatorio a los informes de peritos oficiales que a los dictámenes privados, pues se considera que los que han sido designados y pagados por una parte inspiran menos confianza y credibilidad y, los designados judicialmente, dada su pertenencia a instituciones u organismos públicos, parecen ofrecer garantías de independencia y objetividad⁸²⁰. Podemos observarlo en algún pronunciamiento como la SAP de la Coruña, 383/2013, de 17 de diciembre⁸²¹, ante un recurso planteado por el padre ante la atribución de la custodia exclusiva del hijo menor a favor de la madre. En esta sentencia se dice que para ofrecer una adecuada solución del conflicto planteado *“debemos acudir, como prueba relevante, imparcial y cualificada, del informe psicosocial elaborado y ratificado en la vista del juicio, cuyo rigor, autoridad y profesionalidad no pueden ser puestos en duda arbitrariamente con base en apreciaciones subjetivas e interesadas, carentes de fundamento objetivo, máxime cuando no se ha aportado ningún otro dictamen técnico o pericial que contradiga o desvirtúe sus conclusiones”*.

Además, basta remitirnos a lo que ya adjuntemos en epígrafes anteriores para constatar que los dictámenes privados o procedentes de perito de parte cada vez más se ponen bajo sospecha de haber sido elaborados sin criterio científico y con una apreciación totalmente subjetiva y condicionada a los deseos del contratante de los servicios. Esto va a influir en la valoración de la pericia que se le restará importancia y, en algunos casos incluso, directamente no se va a tener en cuenta justificando así la concurrencia de los vicios que se hayan detectado.

⁸²⁰ Cf. GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “El desarrollo de la vista... o.c., p. 493.

⁸²¹ Roj SAP C 3221/2013.

Ahora bien, quizá se han incrementado las sospechas sobre la falta de imparcialidad de los dictámenes de los peritos privados porque se niega la posibilidad de nombrar a un perito externo al contar con la colaboración del equipo psicosocial. La solución para conseguir un equilibrio entre el uso de unos dictámenes y otros y que, por tanto, sean valorados con cierta equidad, sería la de pedir al juez desde el principio del proceso que se excluya al equipo psicosocial y solicitar la prueba pericial externa, además de las que pudieran ser privadas. De este modo, a la hora de valorar la pericia a partir de los elementos enunciados, ambas pericias, la judicial externa y la privada de las partes, se podrán colocar en un estadio que invitará a no prejuzgarlas por una posible falta de imparcialidad. Siendo ambas externas, pese a la diferente designación (de parte y judicial) se colocarán en un plano más equiparable.

En el ámbito canónico, las periciales privadas no van a tener la misma consideración que la pericia de perito público, aunque ciertamente podrá darse el caso de que los dictámenes aportados sean de tal enjundia y corroboren los hechos manifestados de tal manera que sea imposible prescindir de ellos para alcanzar la verdad objetiva y así dictar una sentencia que sea razonada, equitativa y justa⁸²². Por tanto, no parece que se deba analizar el peso de una pericia en función de su procedencia, sino esperar a enjuiciar todas las pruebas que existan en la causa y actuar con prudencia jurídica a la hora de valorar críticamente cada una de ellas.

Pero es cierto que, en algunos casos, se hace más que evidente que no se deba valorar un dictamen privado con la misma fuerza que una pericia pública máxime cuando la parte rechaza el examen con perito nombrado por el Tribunal y paralelamente anuncia que va a acudir a un psicólogo privado que es el que le reporta mayor confianza. Si a la valoración de la pericia privada unimos además el ánimo que ha movido a procurarla sumado a la intencionalidad de fondo, no cabe duda de que el Tribunal está en su legítimo derecho de no aceptar pericia de ningún perito que no sea la que haya designado el Tribunal.

⁸²² Cf. OLMOS ORTEGA, M^a E., “Valoración crítica ... o.c., p. 531.

CONCLUSIONES

PRIMERA

Los procesos matrimoniales en el ordenamiento civil y canónico son susceptibles de comparación en cuanto contemplan el instituto jurídico de la prueba pericial atendiendo a la especial sensibilidad en materia de familia, aunque la motivación y la finalidad de estos procedimientos así como los efectos de las resoluciones judiciales son claramente diferentes. En los procesos matrimoniales civiles, cuando haya descendencia, se repara fundamentalmente en el beneficio e interés del menor en todo aquello que le afecte como consecuencia del pronunciamiento sobre el estado civil de sus progenitores, mientras que en los procesos matrimoniales canónicos interesa averiguar la verdad sobre el vínculo.

SEGUNDA

La pericia en los procesos matrimoniales constituye un medio de prueba que reviste una importancia singular en cuanto permite, en el ámbito de un proceso de separación o divorcio ante la jurisdicción civil, recabar un dictamen de expertos cualificados para que se pronuncien sobre la idoneidad a la hora de ejercer la patria potestad y el régimen de custodia de los menores. Dentro de la jurisdicción canónica, para los procesos de nulidad matrimonial, la pericia sirve para confirmar la existencia de defectos y vicios en el consentimiento matrimonial o cuando existe un impedimento de impotencia.

TERCERA

En líneas generales, la evolución de la pericia en ambas jurisdicciones se desarrolla a lo largo de la historia de forma más o menos conjunta y paralela, demostrando que conserva un origen y unas raíces comunes. La historia de la pericia canónica refleja una preocupación constante por acudir al parecer de los expertos y la

predisposición favorable de la Iglesia por acoger los avances y el progreso de las ciencias médicas, psiquiátricas y psicológicas, así como la recepción que ha tenido en las disposiciones normativas más recientes. También en el orden civil se ratifica la pervivencia y la continuidad en el uso de la pericia a lo largo del devenir histórico, considerando altamente positivo que a la hora de definir y contemplar las peculiaridades de los procesos de familia, la pericia adquiriera un importante sentido y significado.

CUARTA

La inclusión en la LEC de la referencia explícita a la pericia como medio de prueba fue acertado y muy positivo para zanjar la problemática surgida a raíz de la discusión doctrinal sobre si su naturaleza jurídica responde al de un medio de prueba o como un auxilio para el juez. Sin embargo, la legislación canónica se expresa aún en términos que dan a entender que la pericia es un auxilio del juez a pesar de que se encuentra integrada en los medios probatorios. Esto ocasiona algunas irregularidades en la práctica por parte del juez eclesiástico que parecerían informar en contra de la naturaleza probatoria de la pericia, induciendo así a confusión. Se propone la modificación de la redacción de algún precepto del CIC para precisar la naturaleza jurídica de la pericia como medio de prueba, evitando la expresión “*el juez se servirá*” del c. 1680 CIC por la de “*el juez solicitará la intervención de uno o varios peritos*” y también, en el c. 1574, “*se ha de acudir al auxilio de peritos*” por “*se ha de pedir la intervención de peritos*”.

QUINTA

El estudio y análisis pormenorizado de ambos ordenamientos revela que en el marco de los procesos matrimoniales existe una mayor exigencia por parte del Derecho Canónico a la hora de definir el uso obligatorio de la pericia ante determinados supuestos, lo que evita la inconcreción y la arbitrariedad en la actuación de los jueces y garantiza una seriedad mayor cuando se pide que se audite y controle con exhaustividad el contenido del dictamen. Al mismo tiempo, se permite flexibilizar esta obligatoriedad si constan evidencias que muestren la inutilidad de la prueba ante hechos evidentes, lo

que juega a favor de la economía procesal para no dilatar innecesariamente el curso de un proceso. La legislación civil se muestra si cabe más completa en cuanto a la regulación del procedimiento para la intervención del perito en el proceso y, por ende, de la incorporación del dictamen pericial, demostrando una mayor experiencia en su tratamiento y regulación con un control si cabe más riguroso de esta figura jurídica.

SEXTA

Desde el análisis de la normativa general sobre la prueba pericial aplicable a los procedimientos de familia es de alabar, como novedad en la LEC actual, el planteamiento de la posibilidad de aportar dictámenes de parte y otorgarles el mismo reconocimiento que a la pericia judicial, así como la facultad del órgano juzgador para solicitar de oficio el dictamen de peritos cuando considere que es conveniente, útil o indispensable para dirimir la controversia. Esta consideración difiere en el ámbito canónico, pues los dictámenes provenientes de la pericia realizada por designación judicial adquieren más valor en el proceso que aquellos dictámenes privados que las partes traen al mismo, sobre los que recae la sospecha de que han sido obtenidos con un cierto beneficio hacia sus propias pretensiones.

SÉPTIMA

En los procesos matrimoniales civiles se cumple con el sistema de sorteo y elección aleatoria para designar al perito, considerándolo como la solución más acertada y neutral para promover una mayor imparcialidad. Sin embargo, en la praxis canónica el modo de designación del perito no obedece a un modelo concreto y aplicable por igual en todos los tribunales. Independientemente del número de causas que pueda tramitar un Tribunal, se debería contar con un listado de varios peritos y proceder por el método de insaculación o de rotación consecutiva. La participación de estos peritos que cumplan los requisitos exigidos por la legislación canónica en cuanto a la capacitación depende de que la propia Iglesia fomente la formación de psicólogos para este cometido. Pero se confirma que la capacitación de los peritos no sólo requiere que certifiquen la obtención del título profesional habilitante para ejercer, sino que es necesario acentuar para este

tipo de procesos una formación continua y permanente para abordar los nuevos desafíos que presentan las controversias familiares.

OCTAVA

La regulación de la recusación y la tacha en la normativa procesal canónica es deficiente y no da respuesta suficiente a las situaciones que pueden darse, porque además de no ser específica, remite a lo establecido para otros operadores jurídicos o sujetos intervinientes en el pleito, como jueces y testigos. Incluso, no se dice nada de la posibilidad de recusar a los peritos privados, algo que sería interesante concretar dado que en este caso es más probable todavía que puedan existir circunstancias relativas al parentesco, descrédito por mala praxis, interés directo o indirecto e incluso amistad o enemistad que también les sean aplicables y que sirvan de guía para el juez al momento de aprobar su intervención. Se propone un esquema y una ordenación en los términos que aparecen en la normativa procesal civil para regular las tachas y la recusación de los peritos en la normativa canónica por considerarlas más completas y fundadas.

NOVENA

Los deberes de los peritos se encuentran perfectamente delimitados en la legislación procesal civil así como las sanciones y medidas previstas para el caso de que el perito incurra en responsabilidad civil, penal o disciplinaria, si bien es verdad que, concretamente, a la hora de sancionar al perito por la violación del deber de ser objetivo y de decir verdad, los Tribunales no aplican estas sanciones con el rigor que sería deseable. Por el contrario, la legislación canónica es bastante parca a la hora de delimitar el deber del perito de prestar juramento y nada menciona en relación a las sanciones o medidas disciplinarias que se deberían adoptar en caso de que éste incumpliera sus obligaciones para con el Tribunal. Tampoco consta en la normativa canónica nada sobre la pertenencia de los peritos que intervienen en los Tribunales Eclesiásticos a su correspondiente Colegio profesional, algo que debería exigirse como requisito para garantizar la independencia profesional y la imparcialidad y no sólo incidir en que éste se rija en su informe por los principios básicos de la antropología cristiana. Esta condición impuesta a los profesionales que trabajen ante la jurisdicción eclesiástica permitiría controlar mejor su actividad y exigirles cualquier tipo de

responsabilidad disciplinaria a través de su Colegio. Asimismo, una colaboración más estrecha entre ambas instituciones podría prevenir conductas o ser denunciadas para su efectiva corrección.

DÉCIMA

Nos parece muy positivo en el marco de los procesos matrimoniales civiles la regulación del acto de ratificación del perito y la explicación del informe en sede judicial que reviste gran importancia para procurar no sólo el convencimiento del juez sino también como oportunidad para que las partes conozcan todos los pormenores en orden a la comprensión de las conclusiones y una defensa de sus pretensiones en fase de alegaciones. En el orden canónico se aprecia que apenas se utiliza el recurso de la ratificación del perito para que pueda explicar su informe, dado que las partes y sus defensores no suelen pedirlo, generalmente, porque los jueces no lo consideran necesario por razones de economía procesal (ahorro de tiempo y dinero). Se considera, pues, oportuno, que los Tribunales Eclesiásticos hagan uso de esta posibilidad para facilitar el contradictorio entre las partes, así como para fortalecer la imparcialidad y objetividad del perito y el descubrimiento de hechos nuevos que pudieran traerse al proceso.

DÉCIMO PRIMERA

La intervención de los menores como sujetos del informe pericial está más extendida en los procesos matrimoniales civiles en orden a salvaguardar el “interés del menor” a la hora de dictaminar el régimen más apropiado y conveniente de guardia y custodia y las correspondientes visitas. En el ordenamiento canónico, a pesar de contemplar la posibilidad de la intervención de los menores como testigos, se detecta una reticencia que parece insalvable y prácticamente se les excluye de la posibilidad de declarar o, incluso, de ser examinados por un perito psicólogo a efectos de aportar detalles concluyentes sobre las circunstancias que afectaban a los cónyuges en el momento mismo de celebrar el matrimonio. Puede demostrarse que, ante diversas hipótesis y casos muy puntuales, no se debería descartar ni omitir el recurso a esta práctica de audiencia y examen al menor, sobre todo cuando los hechos se han producido en la intimidad familiar sin que hayan trascendido y cuando además no

existen testigos externos que puedan corroborarlo. La forma en la que la jurisdicción civil opera en este aspecto puede ser un referente para cuando sea estrictamente necesario llevarlo a cabo en el proceso canónico de nulidad matrimonial.

DÉCIMO SEGUNDA

La figura del perito privado en el ordenamiento canónico como un asesor de las partes, desarrollada a la par que la pericia judicial, es una novedad que amplía las alternativas que éstas tienen para ver reconocido y encontrarse amparados en su derecho de defensa, así como a valerse de las pruebas que consideren pertinentes. Examinadas las reservas sobre la prohibición de que estos peritos privados estén presentes en el examen judicial del perito público o que conozca su informe, entendemos que se podría permitir alguna excepción dejando que sea el juez quien lo considere según la complejidad del caso. Esta especie de “pericia sobre la pericia” supone una originalidad que podría ser considerada por la normativa procesal civil como una forma de paliar el descontento que, por ejemplo, producen los dictámenes de los equipos psicosociales, de manera que estos profesionales del sector privado pudieran asistir a la pericia judicial y presentar incluso su propio dictamen.

DÉCIMO TERCERA

Actualmente el punto más débil y controvertido de los procesos matrimoniales civiles en materia probatoria son los dictámenes psicosociales. Estos constituyen una especialidad propia de los procesos de familia de la jurisdicción civil y podrían constituir una prueba pericial *sui generis* por razón de su singularidad y excepcionalidad. Precisamente, en base a esta peculiaridad no se pueden clasificar ni incardinar en la prueba pericial *strictu sensu*, sino que sería más propio y correcto articular una regulación especial recogida en la normativa procesal. Ahora bien, tal y como están entendidos hoy en día para su práctica en los procesos matrimoniales civiles no pueden ser considerados prueba pericial porque faltan muchas garantías. Ciertamente, el hecho de cómo han sido concebidos estos dictámenes y su finalidad

permitiría considerarlos como una prueba pericial especial siempre y cuando se superen los vacíos legales detectados por medio de futuras reformas. Se propone, por tanto, una reforma que contemple esta peculiaridad para evitar que cada Tribunal se sirva de este medio probatorio como estime oportuno.

DÉCIMO CUARTA

La utilización recurrente de los dictámenes psicosociales por parte de los jueces por el mero hecho de que se trate de un proceso matrimonial contencioso con discrepancias entre las partes sobre la guardia y custodia y el régimen de visitas no justifica en absoluto que siempre se deba solicitar. Se propone fijar unos criterios que determinen la gravedad de cada situación para filtrar el número de casos que se derivan a los equipos psicosociales, evitando así un retraso innecesario y que el trabajo de estos equipos quede colapsado. Puede servir de referencia la praxis del orden canónico, que identifica los supuestos en los que la pericia deviene obligatoria y las excepciones previstas cuando sea manifiesta su inutilidad e incorporar estos criterios en el ámbito civil, recordando asimismo que pueden existir otros medios de prueba que sean suficientes para fundamentar la decisión judicial sin tener que recurrir necesariamente a los dictámenes psicosociales.

DÉCIMO QUINTA

La falta de regulación legal de los dictámenes psicosociales es una fuente de conflictos que conlleva la lesión del derecho de defensa de las partes además de las múltiples irregularidades que advierten un proceder arbitrario por parte de los jueces sin ninguna garantía jurídica. Los informes psicosociales son objeto de crítica por parte de operadores jurídicos y usuarios de la justicia por la ideología sexista presente en ellos sin que posean una base científica e incluso han sido definidos por parte de la jurisprudencia como meras opiniones. Varios son, pues, los aspectos criticables que separan este dictamen de especialistas del dictamen de peritos, como es la forma de designación nominal, resultando imposible conocer con antelación la identidad de los

especialistas a efectos de ejercer el derecho a recusarlos si fuera necesario; el modo en que se concreta el objeto de la pericia; la forma de realización de la entrevista y el informe resultante; la ausencia de ratificación del perito (no comparecen los autores ni aclaran los informes que han elaborado con posterioridad a su emisión y presentación); la imposibilidad de presentar alegaciones por las partes y la ausencia de traslado a las partes, entre otros. La forma de contratación de estos especialistas de los equipos técnicos psicosociales y su no pertenencia a un Colegio profesional no permite que, en caso de incurrir en responsabilidad de cualquier tipo, se pueda exigir un resarcimiento por los daños causados. Se ha comprobado ampliamente cómo los informes de los equipos psicosociales en ocasiones concluyen estableciendo qué régimen sería el más apropiado para la custodia y las visitas de los menores, invadiendo así la esfera decisoria que le compete únicamente al Juez.

DÉCIMO SEXTA

La pericia sobre los autos realizada sobre el demandado ausente en el proceso constituye una figura particular utilizada en los procesos matrimoniales canónicos, pero no está regulada en la normativa canónica. A pesar de las aclaraciones ofrecidas por el Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica ante las dudas suscitadas desde la praxis, no existe un pronunciamiento claro sobre su verdadera naturaleza jurídica y tampoco sobre cuál ha de ser su contenido ni los límites para no violentar el derecho a la intimidad de la parte periciada. No obstante, queda demostrado que puede considerarse como una auténtica pericia en la medida en que respeta los límites que no debe traspasar, como la realización de un diagnóstico, pero sí podría efectuar un estudio en profundidad a partir de los datos que posee y que pueden ser completos y suficientes, salvaguardando así el derecho a la intimidad del sujeto y el derecho de defensa a partir de la propuesta de una serie de actuaciones regidas por la prudencia y la cautela, entre ellas, cursar de manera correcta las notificaciones y emplear todos los medios que se encuentren al alcance para conseguir la participación activa de la parte demandada. Así pues, convenimos en que supone un recurso útil para suplir la ausencia del demandado cuando la realización de la pericia sea preceptiva, algo que se torna bastante común y habitual en los procesos de nulidad matrimonial.

DÉCIMO SÉPTIMA

En suma, la normativa procesal civil en esta materia manifiesta en cuanto a la forma un orden más estricto y una regulación más perfeccionada, pero, en relación al fondo, partiendo de la importancia que reclaman los asuntos de familia, la normativa procesal canónica se muestra más preocupada por evitar que el matrimonio y la familia sea algo privado de lo que se pueda disponer según el propio arbitrio. Así pues, una integración proporcionada y equilibrada de las perspectivas de ambos ordenamientos en torno a la prueba pericial ofrecerá como resultado una normativa más implicada, operativa y concluyente, de manera que se pueda obtener un mayor provecho de la pericia y potenciar la utilidad y eficacia de este medio de prueba singular.

ABSTRACT

This PHD thesis addresses the issue of expert evidence in family processes from the comparative perspective of two legal systems that are a fundamental point of reference for two societies: the civil and the ecclesiastical one.

Both the civil law as well as the canon law share a common concern and special sensitivity when regulating matrimonial proceedings. Each one of them offers a particular view to answer the claims of the parties: in the process of annulling canonical marriages the truth takes priority over the connecting link of the parties, whereas in the civil separation or divorce proceedings the main goal is the modification of the civil status of the couple and how the children are affected by the adoption of measures relating to parental authority and the guardianship regime.

The theme chosen, within the marriage processes of separation, divorce and annulment, shows how the claims that arise in these proceedings are based on different types of expert evidence. The regulation of expert evidence in civil law is much wider than the expert evidence in the canon law due to the variety of situations that are discussed in civil proceedings. Therefore, we have limited our research to family proceedings since they respond better to the dynamics of this comparative study. We will examine this overlapping area of law taking into consideration the law of both jurisdictions, the weaknesses and the strengths of their legislations through an evaluation of their similarities and differences.

Therefore, we will analyse each and every one of the elements that integrate the civil and canonical expert evidence, evaluating them from a critical perspective. A compared study of these characteristics represents in itself an innovation under the absence of doctrinal treatment. We have considered it interesting and timely to provide an in depth analysis of the canonical expert evidence and its regulation over its thirty years of existence. The study of both jurisdictions will allow us to examine the procedural dynamics in which this test is applied. Even though its treatment looks similar in both jurisdictions, the expertise shows peculiarities that could be attractive to implement in both legal systems.

The goals set for the elaboration of this PhD thesis are basically the following three:

- Analyzing the legal area of expert evidence in the specific context of matrimonial proceedings, relying on the elements that configure it and the procedural dynamics in which it is used.
- Comparing the civil and canon law, examine possible shortcomings that each regulation presents and give viable proposals of understanding and extrapolating when appropriate the criteria governing the practice of the expertise in each test.
- Providing solutions to the legislative gaps detected in the legislation and suggest solutions and new procedural approaches.

The main reason that motivated the election of this topic and its deep analysis is due to the present, weight and effectiveness –increasingly stronger—of this type of proof. The expertise is a widely tested means used in both systems, above all in the context of matrimonial proceedings. Here, these experts are increasingly more demanding and decisive to respond to the different realities and to promote as well the good performance of justice.

This topic is of general interest and I have selected it given my own professional experience in the field of ecclesiastical courts with marriage annulment processes. We consider that the provisions that regulate the expert evidence in the canonical field could offer a more precise and complete drafting. Additionally, we have perceived deficiencies in its contents, either because the issue is left open or because it is referred to the regulation of more or less related areas of law. This common practice carries the risk to mistakenly identify and qualify the legal institute of expert evidence and it also distorts its true nature, meaning and aim.

From my professional experience with canonical processes of annulments, in the civil matrimonial proceedings we detected that the use of psycho-social evidence establishes a peculiarity that is not free from constant critics by various legal operators. These critics recommend the drafting of a unitary regulatory framework in a Family Code that cover all the procedural and material aspects concerning this matter. One of the issues set in this research is if the opinion of specialists of the psychosocial teams may be considered or not as expert evidence. On this matter, doctrine and jurisprudence

are divided. Despite of the criticisms that this type opinion in form of a report receives it continues being used assiduously and often form the basis of many judicial resolutions. The problem is that its regulation is held on a kind of legal limbo. That is why it is necessary to examine why the Courts draw upon this report as essential leaving less weight to the regulation and, also, why the search of solutions are delayed, since tackling them would end up with all the complaints.

For this study the basic source used has been the legislation that regulates the expert evidence in each legal field (i.e. the civil and canonical) in its completely updated version. The Spanish legal legislation has been conceived within a country whose territorial demarcation is inferior from the territory in which the canonical provisions are applied today. The canonical rules have a universal validity and are present in all those countries where there are Catholics of the Latin Church. Legislating for one country and one society with unique socioeconomic and cultural conditions is quite difficult, but it is even more complex to do so and to apply the law to a plurality of nations, races, towns according to their customs, traditions and the local culture of each country. This could prove that the rules of the canonical expert evidence are more generic, and for this reason, some aspects that we consider relevant are not mentioned.

Moreover, the jurisprudence of the Courts of both jurisdictions has been analysed to know the line adopted in the pronouncing of family topics and how the expertise is appraised in this context. Monographs and scientific articles have also been researched to gather the contributions of authors of the civil and canonical procedural doctrine. This allowed us to prove that this topic continues attracting interest and it is the object of numerous studies. With these sources we have counted with the experience and information given by fellow lawyers and judges who resolve in their daily practice family claims and also with ecclesiastical judges and canon lawyers.

The results of this research confirm the importance of scrutinizing the legal institute of expert evidence. The analysis of both proceedings reveal, as one of its main conclusions, that within marriage processes there is a greater demand by the Canon Law to define a mandatory use of expertise in certain cases. This avoids the vagueness and arbitrariness in the performance of the judges and assures a stronger consistency when a control of the contents of the opinion is required. Nevertheless, the civil law proves to be more complete in the regulation of the proceeding for the intervention of experts and

the incorporation of their opinion. In this way, it shows a greater experience in its treatment and a more rigorous control of this legal concept.

In summary, the civil procedural law in this matter offers a stricter and rigorous regulation. However, the canonical procedural law seems to be more concerned with avoiding that a married couple and its familial status become a private matter than what parties can dispose freely. Hence, the canonical doctrine in recent years and also the canonical jurisprudence itself have insisted in strengthening the foundations of the doctrine about marriage and the family institution. In addition, it has deepened in a more profound knowledge about the progress that human sciences have in the humanity and it has required a specific training for the experts that are involved in these legal processes. Therefore, a proportionate and balanced integration of the perspectives of both legal proceedings will offer as a result a more complete and rigorous regulations providing greater benefits to both disciplines at the time of improving the regulation of this unique type of evidence.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS Y ARTÍCULOS

- ABEL LLUCH, X., “La Función conciliadora en la Audiencia previa: Presupuestos, facultades judiciales y límites”, en: *Revista Jurídica Valenciana*, 30 (2013) pp. 1-26.
- ACEBAL LUJÁN, J.L., “El derecho de defensa en las causas de nulidad matrimonial”, en: AA.VV., *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro* (XI), Salamanca, 1994.
- ACEBAL LUJÁN, J.L., “La ausencia en el proceso de nulidad matrimonial”, en: *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro* (IX), Salamanca, 1990.
- ACEBAL LUJÁN, J.L., “Principios inspiradores del Derecho procesal canónico”, en: MANZANARES, J., (Ed.), *Cuestiones básicas de Derecho procesal canónico*, Salamanca, 1993.
- AGUILAR ROS, P. Y HERRERA BRAVO, R., *Derecho romano y Derecho canónico. Elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas*, Granada, 1994.
- ALAMEDA FERNÁNDEZ, I., LILLO JOVER, J., Y OTROS, “Los equipos técnicos en los Tribunales de Familia”, en: *Revista Papeles de Psicólogo*, nº 7 (1982).
- ALFARO FERRERES, E. y BRIONES ILLANA, P., “La prueba pericial psicológica en el Derecho matrimonial eclesiástico”, en: *Revista SIDEME*, 8 (2011) pp. 1-14.
- ALONSO PÉREZ, M., “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, en: *Actualidad Civil*, 1 (1997) pp. 17-40.

- AMATI, A., *L'incidenza dell'immaturità psico-affettiva sul consenso matrimoniale nella dottrina e giurisprudenza canonica (can. 1095)*, Roma, 1992.
- ANDRÉS IBAÑEZ, P., "Sobre el valor de la intermediación", en: *Jueces para la Democracia*, 3 (2003) pp. 57-66.
- ARAGONESES MARTÍNEZ, S. et al., *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, Madrid, 2004.
- ARCH MARIN, M., "Valoración judicial de la pericial psicológica en los procedimientos de familia", en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *La nueva regulación del Derecho de Familia. Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, Madrid, 2011.
- ARCH MARIN, M., JARNE ESPARCIA, A., MOLINA BARTOMEUS, A., y ALIAGA MOORE, A., "Evaluación pericial de la guarda y custodia de los hijos de familias bajo situación sectaria", en: *Revista de Psicoterapia*, Vol. XX, nº 78-79, (2009) pp. 141-150.
- ARROBA CONDE, M.J., "Características generales y valoración jurídica de la pericia. Ámbito canónico", en: *Estudios de Derecho matrimonial y procesal*, Salamanca, 1999.
- ARROBA CONDE, M.J., "La prova peritale e le problematiche processualistiche", en: AA.VV., *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico (can. 1095, nn.1-2)*, Città del Vaticano, 2000.
- ARROBA CONDE, M.J., "Principi di deontologia forense canonica", en: AAVV, *Il diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2006.
- ARROBA CONDE, M.J., *Diritto processuale canonico*, Roma, 2006.
- ARROBA CONDE, M.J., *Prova e difesa nel processo canonico di nullità del matrimonio. Temi controversi*, Lugano, 2008.
- ASENSIO MELLADO, J. M., *Proceso civil práctico*, vol. IV, Madrid, 2002.

- ASENCIO MELLADO, J.M^a., “Principios generales informadores de los procesos que afectan al estado civil de las personas”, en: *Revista de Estudios Jurídicos*, 9 (2009) pp. 141-164.
- AZNAR GIL, F.R., “El *error in qualitate personae* (can. 1097 §2) en la jurisprudencia Rotal Romana”, en: *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro* (XII), Salamanca, 1996.
- AZNAR GIL, F.R., “El matrimonio canónico”, en: PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE SALAMANCA, *Derecho Canónico II. El Derecho en la misión de la Iglesia*, Madrid, 2006.
- AZNAR GIL, F.R., *Derecho Matrimonial Canónico, II: Cánones 1057; 1095-1107*, Salamanca, 2002.
- AZNAR GIL, F.R., *Derecho Matrimonial Canónico, Vol. I: Cánones 1055-1094*, Salamanca, 2001.
- BALLUS PASCUAL, C., “Las pericias psicológicas y psiquiátricas en los casos de nulidad matrimonial”, en: *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro* (VIII), Salamanca, 1989.
- BANACLOCHE PALAO, J., “Las otras finalidades de la Audiencia previa al juicio”, en AAVV, *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2^a ed., Madrid, 2009.
- BEAL, J.P. (Ed.), *New Commentary on the Code of Canon Law. Commissioned by the Canon Law Society of America*, New York, 2000.
- BELENCHON, E., *La prueba pericial en los procesos de nulidad de matrimonio*, Pamplona, 1982.
- BELLO TABARES, H.E., *Tratado de Derecho Probatorio. De la prueba en general*, Tomo I., Caracas, 2005.
- BERZOSA FRANCOS, M^a V., “Principios inspiradores del futuro proceso civil”, en: PICÓ I JUNOY, J., (Dir) *Presente y futuro del proceso civil*, Barcelona, 1998.

- BERZOSA FRANCOS, M^a V., *Demanda, “causa petendi” y objeto del proceso*, Córdoba, 1984.
- BERZOSA FRANCOS, M^a V., *La oralidad. Principios procesales en la nueva LEC*, IURIS, 2000.
- BIANCHI, P., “L’istruzione “Dignitas Connubii” e il can. 1095”, en: *Periodica*, 94 (2005) pp. 509-542.
- BONET NAVARRO, A., “Comentario a la disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, en Matrimonio y Divorcio”, en: LACRUZ BERDEJO, J.L, (Coord), *Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil*, 2^a ed., Madrid, 1994.
- BONET NAVARRO, A., “Cuestiones relativas a la prueba”, en: AA.VV., *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2005.
- BONNET, P. A., *Il giudice e la perizia*, ed. BONNET, P. A.-GULLO, C., *L’immaturità psicoaffettiva nella giurisprudenza della rota romana*, Roma, 1990.
- BUCHANAN, C.M., MACCOBY, E.E., DORNBUSCH, S.M., *Adolescents after divorce*. Cambridge, 1996.
- BUENO SALINAS, S., “Algunos problemas y soluciones en torno al proceso canónico de nulidad de matrimonio”, en: *Ius Canonicum*, Vol. 39, n. 78 (1999) pp. 503-553.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Aproximación a la teoría general sobre el principio de intermediación procesal. De la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto”, en: AA.VV., *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Valencia, 2008, pp. 317-328.
- CABREROS DE ANTA, M., Com. C. 1792, en: *Comentarios al Código de Derecho Canónico de 1917*, Madrid, 1964.

- CABREROS DE ANTA, M., Com. C. 1801, en: *Comentarios al Código de Derecho Canónico de 1917*, vol. 3, Madrid, 1964.
- CABREROS DE ANTA, M., Com. c.1757 §1, en: MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, L., ET ALI., *Código de Derecho Canónico (1917) y legislación complementaria*, vol. 3, Madrid, 2009.
- CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Madrid, 2009.
- CALVO TOJO, M., *Reforma del proceso matrimonial anunciada por el Papa*, Salamanca, 1999.
- CANONICO, M., *Note di commento all'istruzione Dignitas Connubii sul processo matrimoniale canonico*, Torino, 2008.
- CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil. Trad. Alcalá Zamora y Sentís Melendo*, T. II, Buenos Aires, 1944.
- CASALS CAMPOS, E., *Abuso sexual (o maltrato) vs manipulación parental*, Valencia, 2013.
- CASTAÑO PENALVA, A., “Los medios de prueba en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y su incidencia en los procesos matrimoniales”, en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA. *Los procesos matrimoniales (En la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*, Madrid, 2000.
- CASTELLANO ARROYO, M., “Violencia familiar”, en: VILLANUEVA CALLADAS, E., *Medicina Legal y Toxicología*, 6ª Ed., Barcelona, 2004.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., *Guardia y Custodia de hijos menores: las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*, Madrid, 2007.
- CHIAFFINO, M. *El Perito y la Prueba*, Buenos Aires, 1988.
- CHIOVENDA, G., *Principios de derecho*, vol. 2, Madrid, 1922.

- CIANCAGLINI, S., *La “perizia” nel processo matrimoniale canonico: note tipiche e problematiche legate all’istituto*, Roma, 2005.
- COLAGIOVANNI, E., “Il Giudice e la valutazione delle prove”, en: *Studi Giuridici XXXVIII, I mezzi di prova nelle cause matrimoniali secondo la giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 1995.
- COLMENERO, M., “La garantía del derecho a un juez imparcial”, en: *Persona y Derecho*, 55 (2006) pp. 721-739.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Cuestiones de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *El objeto del proceso civil*, Madrid, 1996.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Los procesos declarativos*, Madrid, 2000.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Psicología del testimonio y prueba pericial*, 2005.
- CORRAL SALVADOR C., (Dir.) ET URTEAGA EMBIL, J.M^a, “Ley” en: *Diccionario de Derecho Canónico*, Madrid, 2000.
- CORTÉS DIÉGUEZ, A., “Voz: Compos Sui”, en: *Diccionario General de Derecho Canónico*. Vol. II, Pamplona, 2012.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Madrid, 2000.
- CUBILLO LÓPEZ, I., “La prueba de peritos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en: *Tribunales de Justicia: Revista española de Derecho procesal*, 4 (2002) pp. 31-41.
- DAMASKA, M.R., *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, 2003.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte general*, Madrid, 2014.

- DE LA OLIVA SANTOS, A., DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte especial*, Madrid, 2014.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., ET AL. *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001.
- DE LA OLIVA, A., Y DíEZ PICAZO, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2004.
- DE LA TORRE LASO, J., “El informe pericial psicológico: criterios judiciales y jurisprudenciales”, en: *Papeles del Psicólogo. Revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, Época III, 73 (1999) pp. 13-15.
- DE LANVERSIN, D., “De momento peritiae instituendae in processibus matrimonialibus recentioribus”, en: *Periodica* vol. 73, nº 4 (1984) pp. 571-586.
- DE SANTO, V., *La prueba pericial*, Buenos Aires, 1997.
- DEL AMO, L., “Valoración jurídica del peritaje psiquiátrico sobre neurosis, psicopatías y trastornos de la sexualidad”, en: *Ius Canonicum*, Vol. XXII, nº 44 (1982) pp. 651-706.
- DEL AMO, L., *Comentario al c. 1437 del Código de Derecho Canónico*, Pamplona, 2007.
- DEL RÍO, C., “Informes de parte en conflictos matrimoniales: implicaciones deontológicas”, en: *Infocop*, 10 (2000) pp. 15-20.
- DELLA ROCA, F., “Uno sguardo al nuovo codice di Diritto Canonico in materia processuale”, en: *Giustizia e servizio. Studi sul nuovo codice di Diritto Canonico in onore di Mons. Giuseppe de Rosa*, Napoli, 1984.
- DEVIS ECHANDÍA, H., “Función y naturaleza jurídica de la peritación y del perito”, en: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n. 4 (1969).
- DEVIS ECHANDÍA, H., “Contenido, naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial”, en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, n. 1 (1996).

- DI SILVESTRE, A.V., MAIZ, M Y SOTO, C.D., *Instituciones de Derecho Procesal Civil para Peritos*, Santa Fé, 1997.
- DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica*, 2ª ed, Madrid, 2003.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D., Y HERNÁNDEZ GIL, F., *Lecciones de Derecho de Familia*, 2ª ed., Madrid, 2007.
- DIEGO LERENA, Voz: “Notario Judicial”, en: *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol., Pamplona, 2012.
- Díez-PICAZO JIMÉNEZ, I. *Derecho Procesal Civil: Ejecución forzosa. Procesos especiales. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil*, Madrid, 2005.
- DWYER, D., *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, Cambridge, 2008.
- ERLEBACH, G., *La nullità della sentenza giudiziale "ob ius defensionis denegatum" nella giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 1991.
- ERRÁZURIZ, C.J., “Licitud moral de la presentación de la demanda de nulidad”, en: *Ius Canonicum*, 81 (2001) pp. 169-189.
- ESBEC RODRÍGUEZ, E., “La exploración de la personalidad en psiquiatría forense”, en: AA.VV., *Psiquiatría legal y forense*, vol. I, Madrid, 1994.
- ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2000.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., et al., *Derecho Procesal Práctico: formularios y jurisprudencia sobre el proceso civil*, Madrid, 1998.
- FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Valencia, 2006.
- FLORS MATIES, J., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, T. IV, Valencia, 2003.

- FODERARO, A., *Opportunità della prova periziale nelle cause di esclusione*, Roma, 2000.
- FONT SERRA, E., “El dictamen de peritos en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La prueba*. Madrid, 2000.
- FONT SERRA, E., *La prueba de peritos en el proceso civil español*, Barcelona, 1975.
- FURQUET MONASTERIO, N., *Las comunicaciones procesales*, Barcelona, 2005.
- GABERLETTI, G., “I requisiti del metus invalidante e il consenso coniugale”, en: AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2003.
- GARCÍA FAÍLDE, J.J., “Valoración jurídica de la prueba pericial psicológica/psiquiátrica”, en: FUENTES, J.A (Dir.), *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales*, Pamplona, 1991.
- GARCÍA FAÍLDE, J.J., *La Instrucción “Dignitas Connubii” a examen*, Salamanca, 2006.
- GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo estudio sobre trastornos psíquicos y nulidad del matrimonio*, Salamanca, 2003.
- GARCÍA FAÍLDE, J.J., “El perito psicólogo y psiquiatra en las causas canónicas de nulidad matrimonial”, in *Memorias* 20 (1996) pp. 95-110.
- GARCÍA MATAMORO, L.A., Com. c.1428 §3, en: PROFESORES DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico*, Madrid, 2014.
- GARCÍANDIA GONZÁLEZ, P. M^a., *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Pamplona, 1999.
- GARNICA MARTÍN, J.F., “El juicio verbal común y sus especialidades”, en: AA.VV., *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, Madrid, 2004.

- GHERRO, S., Y ZUANAZZI, G., “Perizie e Periti nel processo matrimoniale canonico”, en: *Collana di Studi di Diritto Canonico ed Ecclesiastico*, Torino, 1993.
- GIANESING, B., *Perizia e capacità consensuale nel matrimonio canonico*, Padova, 1989.
- GIL DE LAS HERAS, F., “Sentido de la prueba en el Derecho matrimonial canónico”, en: *La prueba en los procesos de nulidad matrimonial. Cuestiones de actualidad en Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*, Salamanca, 2003.
- GIL DE LAS HERAS, F., “Sentido de la prueba en el derecho matrimonial canónico”, en: AA.VV., *La prueba en los procesos de nulidad matrimonial. Cuestiones de actualidad de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico. XXII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas*, Salamanca, 2003.
- GILABERT GARCÍA, M.P., “El principio inquisito en Derecho Canónico”, en: *Excerpta e dissertationibus in iure canonico*. IV, 1986, Pamplona, 1987.
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, 5ª ed., Madrid, 2014.
- GOMEZ COLOMER, J.L. et al., *Derecho Jurisdiccional*. Parte Especial Proceso Civil. T. II., Barcelona, 1989.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., “La prueba: los medios de prueba en concreto (IV)”, en: MONTERO AROCA, J. ET AL., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 21ª ed., Valencia, 2014.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Del dictamen de peritos”, en: AA.VV., *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, Oviedo, 2000.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho y Proceso*, Madrid, 2009.
- GOMOTTI, G. “Le allocuzioni del papa alla Rota Romana e i rapporti tra magistero e giurisprudenza canonica” en AA.VV., *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico*, Padova, 1988.

- GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “El desarrollo de la vista”, en: HIJAS FERNÁNDEZ, E. (Coord.), *Los procesos de familia: una visión judicial*, 2ª ed., Madrid, 2009.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “Medios de prueba”, en: HIJAS FERNÁNDEZ, E. (Coord.), *Los procesos de familia: una visión judicial*, 2ª ed., Madrid, 2009.
- GONZÁLEZ MONTES, F., *La audiencia previa en el juicio ordinario de la Ley 1/2000, de 7 de enero*, en: Revista “Tribunales de Justicia”, 10 (2000) pp. 1049-1060.
- GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, Madrid, 2001.
- GRECO, F., *Possibile apporto della prova peritale nelle cause di nullità matrimoniale in cui non sia obbligatoria per legge*, Roma, 2011.
- GROCHOLEWSKI, Z., *De periodo initiali seu introductoria processus in causis nullitatis matrimonii*, en: *Periodica*, vol. 85, n. 2 (1996) pp. 331-356.
- GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, Vol. I., Madrid, 1947.
- GUASP, J.-ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil. Introducción, parte general y procesos declarativos y de ejecución ordinarios*, T. I, 5ª ed, Madrid, 2002.
- GUASP, J., *Derecho procesal civil*, vol. 1, Madrid, 1968.
- GUTIÉRREZ MARTÍN, L., *La incapacidad para contraer matrimonio*, Salamanca, 1983.
- GUTIÉRREZ MUÑOZ, S.M., *La prueba pericial en el proceso civil*, Barcelona, 2009.
- GUZMÁN FLUJA, V., “Del Dictamen de peritos”, en: AA.VV., *El proceso civil*, vol. III, Valencia, 2001.
- HERNANDO CALVO, P., “La prueba pericial psicológica realizada solamente sobre los autos de la causa”, en: AA.VV., *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro (XIII)*, Salamanca, 1997.

- HIJAS FERNÁNDEZ, E., “Procedimiento contencioso”, en: GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, M.P. (Coords.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2005.
- HORVITZ LENNON, D., “El Derecho colaborativo”, en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *Especialidades en Derecho de Familia*, Madrid, 2014.
- ILLESCAS RUS, A.V., “Práctica y valoración del dictamen pericial”, en: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Psicología del testimonio y prueba pericial*, Madrid, 2005.
- INSTITUTE OF JUDICIAL ADMINISTRATION, *Let's get ready for court. An activity book for child witnesses*, London, 1993.
- INSTITUTE OF JUDICIAL ADMINISTRATION, *Your child is a witness. Information and advice for parents and carers*, London, 1993.
- LACALLE SERER, E., Y SANMARTÍN ESCRICHE, F., *Protocolos sobre procesos matrimoniales*, Valencia, 2010.
- LEDESMA IBAÑEZ, P., “La prueba pericial en la LEC. Problemática detectada en la práctica judicial”, en: Consejo General del Poder Judicial, *La prueba pericial en el proceso civil*, Madrid, 2006.
- LEFÈBVRE, C., “De peritorum iudicunque habitudine in causis matrimonialibus ex capite amentiae”, en: *Periodica de re morali canonica liturgica*, 65 (1976) pp. 107-122.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.A., *Protección jurídica del menor*, Madrid, 2001.
- LOMBARDÍA P. Y ARRIETA, J.I., *Codice di Diritto Canonico. Edizione bilingue commentata*, Roma, 1987.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. Y PÉREZ VALLEJO, A.M., *Tendencias actuales en el Derecho de familia*, Almería, 2004.
- LÓPEZ SIMO, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, Madrid, 2001.

- LÓPEZ ZARZUELO, F., “La valoración por parte del juez eclesiástico de las pericias psicológicas y psiquiátricas en las causas de nulidad de matrimonio”, en: AA.VV., *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, (XIII), Salamanca, 1997.
- LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, M., *La prueba pericial. Guía práctica y Jurisprudencia*. 3ª ed. Madrid, 2008.
- LÓPEZ ZUBILLAGA, J.L., Voz: “Fijación del Dubium”, en: AA.VV., *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol. III, Pamplona, 2012.
- LORCA NAVARRETE, A.Mª (Dir), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II., 2ª ed., Valladolid, 2000.
- MAFFIONE, L., *Il perito nell’ordinamento canonico e civile italiano*, Roma, 2005.
- MALDONADO, J., *Curso de Derecho Canónico para juristas civiles*, Madrid, 1967.
- MARCHENA, M., “De peritos, cuasiperitos y pseudoperitos” en: *Poder Judicial*, 39 (1995) pp. 233-252.
- MARÍN LÓPEZ, M.J., “La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de la separación y el divorcio”, en: *Derecho Privado y Constitución*, n. 23, enero-diciembre (2009) pp. 249-283.
- MARTÍN SÁNCHEZ, T., *La prueba pericial judicial y extrajudicial*, Madrid, 2001.
- MONTERO AROCA, J., “Separación, divorcio y nulidad matrimonial” en: *Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*, T. II, Valencia, 2007.
- MONTERO AROCA, J., et al., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Valencia, 2014.
- MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 2014.

- MONTERO AROCA, J., *Proceso (Civil y penal) y garantía: el proceso como garantía de libertad y responsabilidad*, Valencia, 2006.
- MORÁN BUSTOS, C. M., “La parte voluntariamente ausente en el proceso de nulidad”, en: AA.VV., *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro (XVII)*, Salamanca, 2007.
- MORÁN BUSTOS, C.M. Y PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de matrimonio y proceso canónico*, Madrid, 2007.
- MORENO HERNÁNDEZ, M., *Derecho Procesal Canónico. I. Procedimiento*, Barcelona, 1975.
- MORENO VELASCO, V., “Las diligencias finales en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio”, en: *Diario la Ley*, nº 7526, de 6 de octubre de 2009.
- MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Barcelona, 1967.
- MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000*, Barcelona, 2001.
- NAVARRETE, U., *Derecho matrimonial canónico. Evolución a la luz del Concilio Vaticano II*, Madrid, 2007.
- OLMOS ORTEGA, M. E., “Valoración crítica de la pericia”, en: PÉREZ RAMOS, A.-RUANO ESPINA, L., (Coords.), *La prueba en los Procesos de Nulidad matrimonial. Cuestiones de actualidad en Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico. Jornadas de la Asociación Española de Canonistas (XXII)*, Salamanca, 2003.
- ORTIZ, M.A., “Le dichiarazioni delle parti e la certezza morale”, en: *Ius Ecclesiae*, vol. XVIII , 2 (2006) pp. 387-416.

- ORTUÑO MUÑOZ, P., “El dictamen de especialistas como prueba pericial *sui generis* en el Derecho de Familia y la mediación”, en: *Revista del Poder Judicial*, 37 (1995) pp. 193-212.
- ORTUÑO MUÑOZ, P., “Valoración Judicial de la intervención psicológica en los procedimientos de familia”, en: MARRERO, J.L (Coord), *Psicología jurídica de la Familia*, Madrid, 1998.
- PALAY VALLESPINÓS, M., “Medidas en relación a los hijos y regulación de la guardia y custodia compartida tras la Ley 15/2005 de 8 de Julio” en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005*, Madrid, 2007.
- PALESTRO, V., “Le perizie”, en: Studi Giuridici XXXVIII, *I mezzi di prova nelle cause matrimoniali secondo la giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 1995.
- PANIZO ORALLO, S., “Imposición y levantamiento del *vetitum* matrimonial”, en: *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, XII, Salamanca, 1996.
- PANIZO ORALLO, S., *La intimidad a prueba*, Madrid, 2003.
- PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales y nulidad matrimonial*, Madrid, 1999.
- PARASCANDOLO, M., *La perizia sugli atti della causa*, Romae, 2003.
- PEÑA GARCÍA, C., “Antecedencia y gravedad de la “causa de naturaleza psíquica” del canon 1095, 3º en supuestos de homosexualidad. Consideraciones en torno a la sentencia rotal c. Verginelli de 26 de noviembre de 2010”, en *Estudios Eclesiásticos*, 87 (2012) pp. 857-866.
- PEÑA GARCÍA, C., *Matrimonio y causas de nulidad en el derecho de la Iglesia*, Madrid, 2014.
- PEÑA GARCÍA, C., Voz: “Veto Judicial”, en: AA.VV., *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol. VII, Pamplona, 2012.

- PÉREZ DAUDÍ, V., “La intervención de especialistas en el proceso de familia” en: *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 108, n. 1 (2009) pp. 157-174.
- PÉREZ GONZÁLEZ, J., *Derecho y Constitución*, Madrid, 2004.
- PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso civil español*, Barcelona, 2001.
- PICÓ Y JUNOY, J. “Comentario al art. 335” en: LORCA NAVARRETE, A. M^a (Dir), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II., 2^a ed., Valladolid, 2000.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., “Valoración de la prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil”, en: *Tribunales de Justicia*, nº 7 (2000) pp. 777-788.
- POMPEDDA, M., “Dialogo e collaborazione tra giudizi e periti nelle cause di nullità di matrimonio”, en: *Periodica*, 88 (1999) pp. 150-153.
- PRIETO CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1985.
- PUJOL CAPILLA, P. Y SÁNCHEZ ALONSO, M. *Manual de actuaciones en sala. Técnicas prácticas de los procesos de familia*, Madrid, 2013.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2008.
- RAVÀ, A., “Il “defectus discretionis iudicii”, come causa di nullità del matrimonio nella giurisprudenza rotale”, en: *Il Diritto Ecclesiastico* 68, 2 (1957) pp. 345-486.
- RIFÁ SOLER, J.M^a, “Comentario al art. 335 LEC”, en: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A., RIFÁ SOLER, J.M^a Y VALLS GOMBAU, J.F., (Coords), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2000.
- RIFÁ SOLER, J.M^a, “Del dictamen de peritos”, en: AA.VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, T. II, Barcelona, 2001.

- RIONDINO, M., “La mediazione familiare”, en: *Commentarium pro Religiosis et missionariis*, 86 (2005) pp. 39-56.
- RÍOS LÓPEZ, Y., “La prueba en los procesos sobre uniones estables de pareja” en: *Objeto y carga de la prueba civil*, Barcelona, 2007.
- RIPOL-MILLET, A., *Estrategias de mediación en asuntos familiares*, Madrid, 2011.
- RODRIGO DE LARRUCEA, C., “La contradicción en el dictamen pericial: tratamiento conceptual de “la sana crítica” y efectos prácticos”, en: *Diario la Ley*, nº. 7494, 22 octubre 2010, pp. 8-10.
- RODRÍGUEZ ALMADA, H., *Maltrato y abuso sexual de menores. Una revisión crítica*, Granada, 2006.
- RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “Estatuto Personal y Rota Romana”, en: *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 29 (2013) pp. 545-581.
- RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “Las *allocutiones* del Papa al Tribunal de la Rota Romana y su valor jurídico”, en: Bosch, J., (Ed.) *Cuestiones actuales de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 2015.
- RODRÍGUEZ-OCAÑA, R., “La tutela del derecho al proceso en las causas de nulidad matrimonial”, en: VILADRICH BATALLER, P. J. (Ed.), *El matrimonio canónico ante el III milenio*, Pamplona, 2001.
- ROMERO, J.F., “La psicología forense desde el ámbito legal”, en: URRÁ, J., E VÁZQUEZ, B., *Manual de psicología forense*, Madrid, 1993.
- SANJURJO RÍOS, E.I., *La prueba pericial civil. Procedimiento y valoración*, Madrid, 2013.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J., “Los medios de prueba y la práctica de la prueba”, en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *Procesos de Familia. Aspectos dudosos: soluciones e interpretaciones*, Madrid, 2003.

- SENTÍS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, 1978.
- SEOANE SPIELGEBERG, J.L. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, 2ª ed., Navarra, 2007.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Contribución al estudio de la prueba”, en: *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., “La prueba pericial”, en: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, vol. II, Barcelona, 2000.
- SERRANO RUIZ, J.M., “La Pericia psicológica realizada solamente sobre los autos de la causa: legitimación, elaboración y valoración canónica”, en: *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, X, Salamanca, 1992.
- SILVA MELERO, V., *La Prueba Procesal*, Vol. I, Madrid, 1963.
- SOSPEDRA NAVAS, F.J. (Dir.), *Los procesos de familia*, Madrid, 2006.
- SOUTO PAZ, J.A., *Derecho Canónico*, v. I, Madrid, 1986.
- STANKIEWICZ, A., “La configurazione processuale del perito e delle perizie nelle cause matrimoniali per incapacità psichica”, en: *Monitor Ecclesiasticus*, CXVII (1992) pp. 217-230.
- STANKIEWICZ, A., “Le caratteristiche del sistema probatorio canonico”, en: AA.VV., *Il processo matrimonial canonico*, Città del Vaticano, 1994.
- TACERO OLIVA, J.E., *Nueva aproximación a la pericia psicológica desde la dimensión personal del matrimonio y del proceso*, Toledo, 2002.
- TESTA BAPPENHEIM, S., Voz: “Litiscontestatio”, en: AA.VV., *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol. V, Pamplona, 2012.

- TOMÉ PAULE, J. Y MÁRQUEZ CARRASCO, R., *Procesos especiales y especialidades procesales en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 2001.
- TORRES PÉREZ, I., “Aspectos éticos en las evaluaciones forenses”, en: *Revista de Psicología*, Vol. XXIV, 1-2 (2002) pp. 58-93.
- TRAMMA, U. “Annotazioni sparse in tema di periti” en AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 1988.
- UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “Algunas cuestiones prácticas en los procesos de familia: tablas de pensiones, exploración de menores y gestión de los equipos técnicos”, en: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Cuadernos Digitales de Formación*, 29 (2011).
- VARELA PORTELA, M.J., “Las medidas en los pleitos matrimoniales contenciosos”, en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *Procesos de Familia. Aspectos dudosos: soluciones e interpretaciones*, Madrid, 2003.
- VEGA SALA, F., *Matrimonio, procesos de nulidad, separación y divorcio. Los procesos en los Juzgados de Familia*, Barcelona, 1993.
- VERA URBANO, F., “La prueba pericial en las causas psíquicas de nulidad matrimonial”, en: *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 34, nº 97 (1978) 131-144.
- VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C., “Naturaleza jurídica de la pericia”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1951.
- VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C., *Naturaleza jurídica de la pericia*, Madrid, 1951.
- VILADRICH, P.J., *Consentimiento Matrimonial*, Navarra, 1998.
- VILADRICH, P.J., *Il consenso matrimoniale. Tecniche di qualificazione e di esegesi delle cause canoniche di nullità (cc. 1095-1107)*, Pamplona, 1998, traduzione di S. Santificetur, Milano, 2001.

- VILALTA NICUESA, A. E., *Procesos matrimoniales y familiares. Comentarios, formularios, legislación y jurisprudencia en materia procesal matrimonial y uniones estables de pareja*, Barcelona, 2001.
- VILLEGIANTE, S., “Il bonum coniugum e l’oggetto del consenso matrimoniale in diritto canonico”, en: *Estudios de derecho matrimonial y procesal*, Salamanca, 1999.
- VILLEGIANTE, S., “Lo «ius defensionis denegatum» e il diritto di difesa della parte dichiarata assente”, en: *Monitor Ecclesiasticus*, 109 (1986) pp. 189-205.
- VITO PINTO, P., en: *Corpus Iuris Canonici I. Commento al Codice di Diritto Canonico*, Città del Vaticano, 2001.
- VON WEBBER, H., La “Constitutio Criminalis Carolina” de 1532, en: *Cuadernos de política criminal*, nº 86 (2005) pp. 125-137
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “La Ley de Enjuiciamiento Civil: un folletón por entregas”, en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *Procesos de familia. Aspectos dudosos: soluciones e interpretaciones*, Madrid, 2003.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Sobre la disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, en: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *Temas de Actualidad en Derecho de Familia*, Madrid, 2006.
- ZUANAZZI, G., “Deviazioni della sessualità e matrimonio”, en: *Quaderni dello Studio Rotale*, 12 (2002) pp. 113-163.
- ZUBIRI DE SALINAS, F., “Valoración de la prueba pericial”, en: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2006.

LEGISLACIÓN CIVIL

- ESPAÑA. “Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en: *Boletín Oficial del Estado*, de 5 de febrero de 1881, núm. 36, pp. 326-239.
- ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
- ESPAÑA. “Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales”, en: *Boletín Oficial del Estado*, 15 de febrero de 1974, núm. 40, pp. 3046-3049.
- ESPAÑA. “Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano”, en: *Boletín Oficial del Estado*, 15 de diciembre de 1979, núm. 300, pp. 28781 a 28782.
- ESPAÑA. Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en: *Boletín Oficial del Estado*, 19 de mayo de 1981, núm. 119, pp. 10725-10735.
- ESPAÑA. Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, por el que se crean los Juzgados de Familia, en: *Boletín Oficial del Estado*, 8 de julio de 1981, núm. 162, pp. 15577-15577.
- ESPAÑA. Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, en: *Boletín Oficial del Estado*, 20 de julio de 1981, núm. 172, pp. 16457-16462.
- ESPAÑA. “Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en: *Boletín Oficial de Estado*, 14 de mayo de 1982, núm. 115, pp. 12546-12548.
- ESPAÑA. “Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en: *Boletín Oficial del Estado*, 17 de enero de 1996, núm. 15, pp. 1225-1238.

- ESPAÑA. Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, en *Boletín Oficial del Estado*, 15 de febrero de 1996, núm. 40, pp. 5380-5435.
- ESPAÑA. Resolución de 10 de junio de 1996, de la Dirección General de Trabajo y Migraciones, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del texto del Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de Justicia, en: *Boletín Oficial del Estado*, 19 de junio de 1996, núm. 148 , pp. 20170-20190.
- ESPAÑA. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en: *Boletín Oficial del Estado*, 8 de enero de 2000, núm. 7, pp. 575-728.
- ESPAÑA. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en: *Boletín Oficial del Estado*, 13 de enero de 2000, núm. 11, pp. 1422-1441.
- ESPAÑA. Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, en: *Boletín Oficial del Estado*, 22 de noviembre de 2003, núm. 280, pp. 41421-41422.
- ESPAÑA. Proposición de ley 122/000014 de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en: *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serio B: proposiciones de ley, de 23 de abril de 2004.
- ESPAÑA. Proposición 122/000068 de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial en: *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, 11 de junio de 2004, Serie B, núm. 84-1.
- ESPAÑA. Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio, en: *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, 1 de diciembre de 2004.

- ESPAÑA. “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en: *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 2004, núm. 313, pp. 42166-42197.
- ESPAÑA. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en: *Boletín Oficial del Estado*, 9 de julio de 2005, núm. 163, pp. 24458-24461.
- ESPAÑA. Proposición 122/000167 de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, para proceder a la creación de la jurisdicción de familia, en: *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, 18 de mayo de 2009, Serie B, Proposiciones de Ley, núm. 186-1.
- ESPAÑA. “Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial”, en: *Boletín Oficial del Estado*, 4 de noviembre de 2009, núm. 266, pp. 92313-92313.
- ESPAÑA. “Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, en: *Boletín Oficial del Estado*, 31 de marzo de 2015, núm. 77, pp. 27061-27176.
- UNIÓN EUROPEA. Directiva 2008/52 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, en: *Diario Oficial de la Unión Europea*, 24 de mayo de 2008, núm. 136, pp. 1-8.
- UNIÓN EUROPEA. Reglamento nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en: *Diario Oficial de la Unión Europea*, 20 de diciembre de 2012, núm. 351, pp. 1-32.
- COMITÉ SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Comunicación Nº 47/2012, *González Carreño v. Spain*, Dictamen de 18 de julio de 2014.

FUENTES CANÓNICAS

LEGISLACIÓN

- DE BUTRIO, A., *Super secunda secundi Decretalium commentarii*, vol. IV, Venetiis, 1578.
- SAGRADA CONGREGACIÓN DEL SANTO OFICIO, “Instrucción *Quemadmodum matrimonii*, de 20 de junio de 1883”, en: *ASS* 18 (1885), pp. 344-386.
- SAGRADA CONGREGACIÓN DEL SANTO OFICIO, “Apendix quoad impedimentum impotentiae”, en: *ASS* 31 (1898-99), pp. 37-41.
- PÍO X. “Regulae servandae in iudiciis apud Sacrae Romanae Rotae Tribunal”, en: *AAS* 2, vol. II, núm. 20 (1910), pp. 783-850.
- CONGREGACIÓN PARA LA DISCIPLINA DE LOS SACRAMENTOS, Instrucción “Di processibus in causis dispensationis super matrimonio rato et non consummato, de 7 de mayo de 1923, en: *AAS* 15, núm. 8 (1923) pp. 389-436.
- PANORMITANUS, *Secunda pars commentariorum super secundum Decretalium*, Lugduny, 1531.
- GASPARRI, P., *Codicis Iuris Canonici Fontes*, Vol. VI, Romae, 1932.
- CONGREGACIÓN PARA LA DISCIPLINA DE LOS SACRAMENTOS, Instrucción *Provida Mater Ecclesia*, de 15 de agosto de 1936, en: *AAS* 28, núm. 10 (1936), pp. 313-372.
- PAUCAPALEA, *Summa über das Decretum Gratiani*, Darmstadt, 1965.
- CONGREGACIÓN PARA LA DISCIPLINA DE LOS SACRAMENTOS, Instrucción *dispensationis matrimonii*. de 7 de marzo de 1972, en: *AAS* 64, núm. 3 (1972) pp. 244-252.
- D’ORS, A. ET AL. (trad.), *El Digesto de Justiniano*, Vol. II, Pamplona, 1972.

- PONTIFICIA COMMISSIO CODICIS IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO “Acta commissionis – Coetus de processibus”, en: *Communicationes* 11 (1979).
- JUAN PABLO II, “Constitución Apostólica *Sacrae Disciplinae Leges*, para la promulgación del nuevo Código de Derecho Canónico”, en: *AAS* 75, núm. 2, (1983) pp. 7-14.
- JUAN PABLO II, “Constitución Apostólica *Divinus perfectionis Magister*, de 25 de enero de 1983”, en: *AAS* 75, núm. 4 (1983) pp. 349-355.
- TRIBUNAL SIGNATURA APOSTÓLICA, “decl. 16/06/1998, *Quaesitum de usu periti in casis nullitatis matrimonii*, Prot. N. 28252/97 VT”, en: *Periodica* 87 (1998), pp. 619-622.
- BENEDICTO XVI. “Carta Apostólica en forma de Motu Proprio *Quaerit Semper* del 30 de agosto de 2011”, en: *AAS* 103 - IX (2011) pp. 569-571.
- PONTIFICIO CONSEJO PARA LOS TEXTOS LEGISLATIVOS, Instrucción *Dignitas Connubii*, Città del Vaticano, 2005.
- PROFESORES DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico*, Madrid, 2014.
- FRANCISCO. *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, de 15 de agosto de 2015.

MAGISTERIO PONTIFICIO

- PÍO XII. “Alocución a la Rota Romana de 3 de octubre de 1941”, en: *AAS* 33, núm. 11 (1941) pp. 421-426.
- PABLO VI. “Discurso a los miembros del Tribunal de la Rota Romana de 12 de febrero de 1968,” en: *AAS* 60, núm. 4 (1968) pp 202-207.
- JUAN PABLO II. “Discurso a los prelados auditores de la Rota Romana de 26 de enero de 1984”, en: *AAS* 76, núm. 7 (1984) pp. 643-649.

- JUAN PABLO II, “Discurso a los auditores de la Rota Romana de 5 de febrero de 1987”, en: *AAS* 79, núm. 12 (1987) pp. 1453-1459.
- JUAN PABLO II, “Discurso a los auditores de la Rota Romana de 25 de Enero de 1988”, en: *AAS* 80 núm. 8 (1988) pp. 1178-1185.
- JUAN PABLO II, “Discurso a los auditores, oficiales y abogados de la Rota Romana de 26 de enero de 1989”, en: *AAS* 81 núm. 7 (1989) pp. 922-927.
- JUAN PABLO II. “Discurso a los oficiales y abogados del Tribunal de la Rota Romana de 18 de enero de 1990”, en: *AAS* 82, núm. 9 (1990) pp. 872-877.
- JUAN PABLO II. “Discurso a los prelados auditores del Tribunal de la Rota Romana de 17 de enero de 1998”, en: *AAS* 90 núm. 10 (1998) pp. 781-785.
- BENEDICTO XVI. “Discurso al Tribunal de la Rota Romana, de 28 de Enero de 2006”, en: *AAS* 98 –II, núm. 1 (2006) pp. 135-138.
- BENEDICTO XVI. “Discurso a los Jueces del Tribunal de la Rota Romana de 29 de enero de 2009”, en: *AAS* 101- II, núm. 1 (2009) pp. 124-128.

JURISPRUDENCIA CIVIL

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Caso *Hauschildt contra Dinamarca*, de 24 de mayo de 1989.
- Caso *Piersacck contra Bélgica*, de 1 de octubre de 1982.
- Caso *Ferrartelli y Santangelo contra Italia*, de 7 de agosto de 1996.
- Caso *Wettstein contra Suiza*, de 21 de diciembre de 2000.
- Caso *Pescador Valero contra España*, de 17 de junio de 2003.

TRIBUNAL SUPREMO

- STS [1ª] de 6 de febrero de 1987 (ROJ STS 9409/1987).
- STS [1ª] de 23 de abril de 1987 (ROJ STS 8900/1987).
- STS [1ª] de 30 de junio de 1988 (ROJ STS 5071/1988).
- STS [1ª] de 13 de febrero de 1990 (ROJ STS 13394/1990).
- STS [1ª] de 10 de diciembre de 1990 (ROJ STS 11086/1990).
- STS [1ª] de 29 de enero de 1991 (ROJ STS 422/1991).
- STS [1ª] de 12 de febrero de 1991 (ROJ STS 780/1991).
- STS [1ª] de 3 de diciembre de 1991 (ROJ STS 6795/1991).
- STS [1ª] de 21 de noviembre de 1992 (ROJ STS 8593/1992).
- STS [1ª] de 28 de noviembre de 1992 (ROJ STS 17561/1992).
- STS [1ª] de 10 de febrero de 1994 (ROJ STS 730/1994).
- STS [1ª] de 4 de marzo de 1994 (ROJ STS 14960/1994).
- STS [1ª] de 4 de marzo de 1994 (ROJ STS 1442/1994).
- STS [1ª] de 28 de julio de 1994 (ROJ STS 5774/1994).
- STS [1ª] de 6 de marzo de 1995 (ROJ STS 1303/1995).
- STS [1ª] de 8 de mayo de 1995 (ROJ STS 10993/1995).
- STS [1ª] de 22 de abril de 1997 (ROJ STS 2817/1997).
- STS [1ª] de 6 de febrero de 1998 (ROJ STS 739/1998).
- STS [1ª] de 4 de Junio de 1998 (ROJ STS 3667/1998).
- STS [1ª] de 5 de junio de 1999 (ROJ STS 3963/1999).

- STS [1ª] de 30 de julio de 1999 (ROJ STS 5493/1999).
- STS [1ª] de 12 de abril de 2000 (ROJ STS 3079/2000).
- STS [1ª] de 24 de julio de 2000 (ROJ STS 6248/2000).
- STS [1ª] de 16 de julio de 2004 (ROJ STS 5289/2004).
- STS [1ª] de 27 de julio de 2009 (ROJ STS 5382/2009).
- STS [1ª] 8 de octubre de 2009 (ROJ STS 5969/2009).
- STS [1ª] 10 de marzo de 2010 (ROJ STS 962/2010).
- STS [1ª] de 11 marzo de 2010 (ROJ STS 963/2010).
- STS [1ª] de 1 de octubre de 2010 (ROJ STS 4861/2010).
- STS [1ª] de 3 de marzo de 2011 (ROJ STS 1796/2011).
- STS [1ª] de 25 de abril de 2011 (ROJ STS 2666/2011).
- STS [1ª] de 5 de octubre de 2011 (ROJ STS 6117/2011).
- STS [1ª] de 20 de octubre de 2011 (ROJ STS 6491/2011).
- STS [1ª] de 2 de noviembre de 2011 (ROJ STS 6904/2011).
- STS [1ª] de 9 de marzo de 2012 (ROJ STS 1845/2012).
- STS [1ª] de 25 de mayo de 2012 (ROJ STS 3793/2012).
- STS [1ª] de 4 de diciembre de 2012 (ROJ STS 8531/2012).
- STS [1ª] de 10 de diciembre de 2012 (ROJ STS 8030/2012).
- STS [1ª] de 7 de marzo de 2013 (ROJ STS 854/2013).
- STS [1ª] de 29 de abril de 2013 (ROJ STS 2246/2013).
- STS [1ª] de 7 de junio de 2013 (ROJ STS 2926/2013).

- STS [1ª] de 19 de julio de 2013 (ROJ STS 4082/2013).
- STS [1ª] de 14 de noviembre de 2013 (ROJ STS 5469/2013).
- STS [1ª] de 20 de noviembre de 2013 (ROJ STS 5713/2013).
- STS [1ª] de 25 de noviembre de 2013 (ROJ STS 5710/2013).
- STS [1ª] de 29 de noviembre de 2013 (ROJ STS 5641/2013).
- STS [1ª] de 17 de diciembre de 2013 (ROJ STS 5966/2013).
- STS [1ª] de 25 de abril de 2014 (ROJ STS 1699/2014).
- STS [1ª] de 14 de octubre de 2014 (ROJ STS 4437/2014).
- STS [1ª] de 30 de octubre de 2014 (ROJ STS 4342/2014).
- STS [1ª] de 18 de noviembre 2014 (ROJ STS 4608/2014).
- STS [1ª] de 16 de febrero de 2015 (ROJ STS 615/2015).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 47/1982, de 12 de julio (BOE núm. 185, de 4 de agosto de 1982).
- STC 114/1984, de 29 de noviembre (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984).
- STC 113/1987, de 3 de julio (BOE núm. 180, de 29 de julio de 1987).
- STC 145/1988, de 12 de julio, (BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1988).
- STC 231/1988, de 2 de diciembre de 1988. (BOE núm. 307 de 23 de diciembre de 1988).

- STC 185/1989, de 13 de noviembre (BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 1989).
- STC 197/1991, de 17 de octubre (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1991).
- STC 105/1993, de 22 de marzo (BOE núm. 100, de 27 de abril de 1993).
- STC 7/1994, de 17 de enero (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 1994).
- STC 175/1994, de 7 de junio (BOE núm. 163, de 9 de julio de 1994).
- STC 60/1995, de 16 de marzo (BOE núm. 98, de 25 de abril de 1995).
- STC 142/1997, de 15 de septiembre (BOE núm. 248, de 16 de octubre de 1997).
- STC 95/1999, de 31 de mayo (BOE núm. 154, de 29 de junio de 1999).
- STC 162/1999, de 27 de septiembre (BOE núm. 263, de 3 de noviembre de 1999).
- STC 11/2000, de 17 de enero (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2000).
- STC 141/2000, de 29 de Mayo (BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000).
- STC 237/2000, de 16 de octubre (BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 2000).
- STC 81/2001, de 26 de marzo (BOE núm. 104, de 1 de mayo de 2001).
- STC 139/2001, de 18 de junio (BOE núm. 170, de 17 de julio de 2001).
- STC 46/2002, de 25 de febrero (BOE núm. 80, de 3 de abril de 2002).
- STC 221/2002, de 25 de noviembre (BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002).
- STC 14/2003, de 28 de enero de 2003 (BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2003).
- STC 71/2004, de 19 de abril (BOE núm. 120, de 18 de mayo de 2004).
- STC 152/2005, de 6 de junio (BOE núm. 162, de 8 de julio de 2005).

- STC 17/2006, de 30 de enero (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2006).
- STC 206/2007, de 24 de septiembre de 2007 (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007).
- STC 22/2008, de 31 de enero (BOE núm. 52, de 29 de febrero de 2008).
- STC 163/2009, de 29 de junio (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2009).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Castellón de 26 de Junio de 1993 (AC 1993/1886).
- SAP de Baleares, de 28 de septiembre de 2000 (Roj SAP IB 2756/2000).
- SAP de Sevilla [6ª] de 17 de octubre de 2000 (Roj SAP SE 4533/2000).
- SAP de Navarra [1ª] de 13 de diciembre de 2001 (Roj SAP NA 1351/2001).
- AAP de Murcia [1ª] de 2 de noviembre de 2002 (Roj SAP MU 2698/2002) .
- SAP de Asturias [4ª] de 19 de noviembre de 2002 (Roj SAP O 4342/2002).
- SAP Tarragona [3ª] de 19 de enero de 2004 (Roj SAP T 87/2004).
- AAP Guadalajara [1ª] de 21 de enero de 2004 (Roj AAP GU 13/2004).
- SAP de Cantabria [3ª] de 12 de febrero de 2004 (Roj SAP S 325/2004).
- SAP Cantabria [1ª] de 20 de julio de 2004 (Roj SAP S 1533/2004).
- SAP de Valencia [10ª] de 17 de diciembre de 2004 (Roj SAP V 5487/2004).
- SAP Las Palmas [5ª] de 3 de febrero de 2005 (Roj SAP GC 332/2005).
- SAP de Murcia [4ª] de 2 de marzo de 2005 (Roj SAP MU 515/2005).
- SAP de Barcelona [12ª] de 15 de junio de 2005 (Roj SAP B 6354/2005).

- SAP de Asturias [5ª] de 29 de septiembre de 2005 (Roj SAP O 2330/2005).
- SAP de A Coruña [6ª] de 15 de marzo de 2006 (Roj SAP C 550/2006).
- SAP Murcia [1ª] de 6 de abril de 2006 (Roj SAP MU 893/2006).
- SAP de Asturias [7ª] de 12 de mayo de 2006 (Roj SAP O 1407/2006).
- SAP de Segovia [1ª], de 15 de junio de 2006 (Roj SAP SG 170/2006).
- SAP de Palencia [1ª] de 24 de julio de 2006 (Roj SAP P 417/2006).
- SAP Ciudad Real [2ª], de 3 de julio de 2006 (Roj SAP CR 661/2006).
- SAP de Huesca [1ª] de 29 de septiembre de 2006 (Roj SAP HU 378/2006).
- SAP Baleares[3ª] de 3 de octubre de 2006 (Roj SAP IB 1942/2006).
- AAP de Barcelona [18ª] de 15 de marzo de 2007 (JUR 2007/244310)
- SAP de Málaga [6ª] de 11 de abril de 2007 (Roj SAP MA 1105/2007).
- SAP de Almería [3ª] de 23 de noviembre de 2007 (Roj SAP AL 802/2007).
- SAP de Zaragoza , de 23 de septiembre de 2010 (Roj SAP Z 669/2010).
- SAP de Baleares [4ª] de 17 de mayo de 2011 (ROJ SAP IB 897/2011).
- SAP Madrid [24ª] de 17 de noviembre de 2011 (Roj SAP M 14739/2011).
- SAP de Barcelona [18ª] de 11 de febrero de 2013 (Roj SAP B 1493/2013).
- SAP de Barcelona [12ª] 19 de diciembre de 2013 (Roj SAP B 14677/2013).
- SAP de A Coruña [5ª] de 17 de diciembre de 2013 (Roj SAP C 3221/2013).
- SAP Zaragoza [2ª] de 17 de diciembre de 2013 (Roj SAP Z 2690/2013).
- SAP de Guadalajara [1ª] de 17 de octubre de 2014 (Roj SAP GU 406/2014).
- SAP de Salamanca [1ª] de 22 de abril de 2015 (Roj SAP SA 206/2015).

- SJPI nº 9 de Valencia, de 7 de diciembre de 2012 (Roj SJPI 54/2012).

JURISPRUDENCIA CANÓNICA

TRIBUNAL DE LA ROTA ROMANA

- *coram Many*, de 23 de diciembre de 1909, en SRRD 1, 1912, pp. 164-171.
- *coram Many*, de 27 de junio de 1916, en SRRD 8, 1924, pp. 202-212.
- *coram Wynen*, de 28 de mayo de 1940, en SRRD 32, 1949, pp. 399-413.
- *coram Fiore*, de 29 de noviembre de 1960, en SRRD 52, 1960, pp. 501-511.
- *coram Stankiewicz*, de 15 de junio de 1978, en SRRD 70, 1988, pp. 341-360.
- *coram Pompedda*, de 25 de noviembre de 1978, en SRRD 70, 1988, pp. 508-515.
- *coram Bruno*, de 20 de julio de 1990, en SRRD 82, 1994, pp. 658-675.
- *coram Ragni*, de 15 de enero de 1991, en SRRD 83, 1994, pp. 1-14.
- *coram Civili*, de 21 de febrero de 1991, en SRRD 83, 1994, pp. 112-125.
- *coram Bruno*, de 19 de julio de 1991, en SRRD 83, 1994, pp. 463-477.
- *coram Lanversin*, de 29 de julio de 1991, en SRRD 83, 1994, pp. 509-516.
- *coram Stankiewicz*, de 24 de octubre de 1991, en SRRD 83, 1994, pp. 670-690.
- *coram Palestro*, de 18 de diciembre de 1991, en SRRD 83, 1994, pp. 818-843.
- *coram Davino*, de 20 de febrero de 1992, en SRRD 84, 1995, pp. 85-90.
- *coram Doran*, de 9 de abril de 1992, en SRRD 84, 1995, pp. 171-181.

- *coram Davino*, de 10 de julio de 1992, en SRRD 84, 1995, pp. 395-406.
- *coram Giannecchini*, de 15 de enero de 1993, en SRRD 85, 1996, pp. 1-13.
- *coram Bruno*, de 26 de febrero de 1993, en SRRD 85, 1996, pp. 64-74.
- *coram Lanversin*, de 27 de enero de 1993, en SRRD 85, 1996, pp. 32-41.
- *coram Doran*, de 4 de marzo de 1993, en SRRD 85, 1996, pp. 98-107.
- *coram Ghianecchini*, de 9 de marzo de 1993, en SRRD 85, 1996, pp. 121-132.
- *coram Davino*, de 26 de marzo de 1993, en SRRD 85, 1996, pp. 241-246.
- *coram Boccafoli*, de 1 de abril de 1993, en SRRD 85, 1996, pp. 271-277.
- *coram Burke*, de 29 de abril de 1993, en SRRD 85, 1996, pp. 329-345.
- *coram Palestro*, de 23 de junio de 1993, en SRRD 85, 1996, pp. 457-467.
- *coram Faltin*, de 21 de julio de 1993, en SRRD 85, 1996, pp. 573-589.
- *coram Boccafoli*, de 2 de diciembre de 1994, en SRRD 86, 1997, pp. 577-585.
- *coram Sable*, de 20 de noviembre de 2003, en SRRD 95, 2012, pp. 692-708.
- *coram Stankiewicz*, de 27 de noviembre de 2003, en SRRD 95, 2012, pp. 692-708.
- *coram Erlebach*, de 28 de noviembre de 2003, en SRRD 95 (2012) 709-717.
- *coram Bottone*, de 5 de diciembre de 2003, en SRRD 95, 2012, pp. 753-757.
- *coram Verginelli*, de 26 de noviembre de 2010, en: *Estudios Eclesiásticos*, 87 (2012) pp. 839-855.

TRIBUNAL METROPOLITANO

- *coram Arroba Conde*, de 28 de abril de 1995, *Tribunal Regionale Latti*, prot. N. 9834.